

تأليف

أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي

المعروف بالزركشي

المتوفى سنة ٧٩٤هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن إسماعيل

الجزء الأول

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

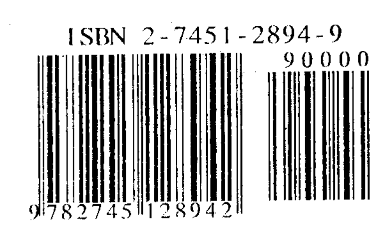
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف . شارع البحتري . بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ١١ . ٩٤٢٤ بيروت . لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2894-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com



المقدمة

بسم الله الواحد الأحد، الفرد الصمد، الذى لم يلد ولم يولد، ولم يكن له كفوًا أحد، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا، أما بعد: لقد وفقنا الله منذ سنة تقريبًا على تحقيق كتاب الأشباه والنظائر للسيوطى، وخرج فى مجلدين، وطبع فى دار الكتب العلمية بيروت، لصاحبها الوالد العزيز، الذى جعل أساس عمله خدمة الكتاب والسنة، السيد/ محمد على بيضون، حفظه الله، وها نحن بصدد تحقيق كتاب عظيم من كتب القواعد جلسنا فى تحقيقه أكثر من سنة تقريبًا، راجين المولى سبحانه وتعالى العفو عند الزلل، والمغفرة عند الخطأ، وراجين من طلبة العلم الصفح للتقصير، والنصح للتصحيح.

واعلم أن قواعد الفقه مركب إضافى يتكون من القواعد، والفقه، ولتعريف المركب لابد من معرفة أجزائه، فنقول: القواعد جمع قاعدة، وهى لغةً: الأساس[1].

واصطلاحًا: قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها نحو الأمر للوجوب حقيقة، والعلم ثابت لله تعالى[2].

والفقه لغة: هو الفهم مطلقًا، سواء أكان فهمًا للأشياء الدقيقة أو غيرها، فهمًا لغرض المتكلم أو غيره.

واصطلاحًا: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية.

وقال حجة الدين الغزالى: هو العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة.

وقال صدر الشريعة: هو الأحكام الشرعية مع ملكة الاستنباط.

وقال ابن الحاجب: هو العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية

---

(١) انظر: الصحاح للجوهرى (٢/٥٢٥)، مادة/قعد.

(٢) انظر: حاشية العطار على جمع الجوامع (١/٣٢).

بالاستدلال[1]. وقيل: الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها عملاً.

وقيل: اعتقاد الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية.

وقيل: الفقه جملة من العلوم يعلم باضطرار أنها من الدين. وعليه فقواعد الفقه هي: الأساس الذى ينبنى عليه الفقه بأحد التعريفات الاصطلاحية المتقدمة ولنختر تعريف القاضى البيضاوى، فتكون قواعد الفقه: الأساس الذى ينبنى عليه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

وحينما تنظر إلى هذا التعريف تدرك أنه نفس التعريف الإضافى لأصول الفقه، وعليه فكان لزامًا معرفة وجه الشبه بينهما، ووجه الفرق، وبيانه: أما وجه الشبه، فإن كلاً منهما أساسٌ للفقه وينبنى عليه الفقه.

وأما وجه الفرق، فمن وجهين:

الوجه الأول: أن قاعدة الأصول أغلبية فى فروعها، بخلاف قاعدة الفقه فليست بأغلبية فى فروعها، بل قد تخرج فروع من القاعدة وتستثنى.

والوجه الثانى: أن القاعدة الفقهية تكونها مجموعة فروع، فالفقيه المقعد يجمع فروعًا فقهية تندرج تحت مفهوم القاعدة الفقهية، وقد تستثنى فروع عن القاعدة، وأما القاعدة الأصولية فموضوعها الدليل الإجماعى الذى لا تكونه الفروع بل استقراء النصوص، واللغة، وعلم الكلام؛ لأن منها استمداده.

* * *

(١) انظر: المستصفى لحجة الدين الغزالى (١/٤، ٥)، إحكام الأحكام لسيف الدين الآمدى (١/٥)، مختصر المنتهى للشيخ ابن الحاجب (١/٢٥)، تيسير التحرير (١/١٠، ١١)، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (١/٣)، الإبهاج للسبكي (١/١٥، ١٦).

ترجمة المصنف

اسمه، ولقبه وكنيته: هو محمد بن بهادر بن عبد الله، وقيل: محمد بن عبد الله بن بهادر. ولقبه: بدر الدين. وكنيته: أبو عبد الله.

ولادته، ونشأته، وطلبه للعلم: ولد فى مصر سنة ٧٤٥هـ، وكان والده من الأتراك، وكان مملوكًا لبعض الأكابر، فتعلم فى صغره صنعة الزركش، ثم تعلم العلوم الشرعية، فحفظ منهاج الشيخ محيى الدين النووى، وتردد على بعض المشايخ والعلماء فى مصر، ولازم الشيخين: جمال الدين الإسنوى، وسراج الدين البلقينى، ثم رحل لطلب علم الحديث، فوصل حلب والتقى بالشيخ شهاب الدين الأذرعى، ثم سافر إلى الشام، ثم عاد إلى مصر.

ثم لما اشتاقت نفسه إلى طلب الحديث الشريف، رحل إلى بلاد الشام فالتقى بالشهاب الأذرعى ولازمه، ثم رحل إلى الشيخ الصلاح بن أبى عمر، والإمام ابن أميلة فلازمهما، وطلب على غير هؤلاء.

مشايخه: أخذ عن مشايخ كثيرين، منهم: جمال الدين الإسنوى، وشهاب الدين الأذرعى، وسراج الدين البلقينى، والحافظ مغلطاى، وعمر بن أميلة، والصلاح بن أبى عمر، والحافظ ابن كثير، وابن الحنبلى الشافعى.

تلاميذه: من أشهر تلاميذه: شمس الدين البرماوى، والشمنى، وابن حجى.

صفاته وأخلاقه: كان فقيهًا، أصوليًا، مصنفًا محررًا، أديبًا، فاضلاً، حلو العبارة، رشيق الأسلوب، محدثًا، منقطعًا إلى الاشتغال بالعلم، لا ينشغل عنه بشىء.

قال الحافظ ابن حجر العسقلانى: وكان منقطعًا فى منزله لا يتردد إلى أحد إلا إلى سوق الكتب، وإذا حضره لا يشترى شيئًا، وإنما يطالع فى حانوت الكتبى طول نهاره، ومعه ظهور أوراق يعلق فيها ما يعجبه، ثم يرجع فينقله إلى تصانيفه.

مؤلفاته وتصانيفه: قال الداودى: له تصانيف كثيرة فى عدة فنون. أ. هـ.

من تصانيفه:

١ - البرهان فى علوم القرآن.

٢ - تفسير القرآن العظيم، ولم يتمه، وصل فيه إلى سورة مريم.

٣ - التذكرة فى الأحاديث المشتهرة.

٤ - التنقيح لألفاظ الجامع الصحيح.

٥ - تخريج أحاديث الرافعى فى الشرح الكبير.

٦ - شرح الأربعين النووية.

٧ - شرح البخارى، شرح الجامع الصحيح.

٨ - اللآلئ المنثورة فى الأحاديث المشهورة.

٩ - المختصر الحديث.

١٠ - المعتبر فى تخريج أحاديث المنهاج والمختصر.

١١ - النكت على ابن الصلاح.

١٢ - النكت على البخارى.

١٣ - النكت على عمدة الأحكام.

١٤ - إعلام الساجد بأحكام المساجد.

١٥ - خادم الرافعى والروضة فى الفروع.

١٦ - خبايا الزوايا.

١٧ - الديباج فى توضيح المنهاج.

١٨ - الزركشية.

١٩ - البحر المحيط فى أصول الفقه.

٢٠ - تشنيف المسامع بجمع الجوامع.

٢١ - سلاسل الذهب فى الأصول.

٢٢ - القواعد فى الفروع المسمى بالمنثور فى ترتيب القواعد الفقهية، وهو كتابنا هذا.

وغيرها من المؤلفات.

وفاته: توفى، رحمه الله، يوم الأحد، ثالث شهر رجب، سنة أربع وتسعين وسبعمائة، ودفن بالقرافة الصغرى، بالقرب من تربةُ الأمير بكتمر الساقى[(١)].

* * *

---

(١) انظر ترجمته فى: شذرات الذهب (٦/٣٣٥)، الدرر الكامنة (٤/١٧)، النجوم الزاهرة (١٢/١٣٤)، طبقات المفسرين للداودى (٢/١٥٧، ١٥٨)، إنباء الغمر (١/٤٤٦)، حسن المحاضرة (١/٤٣٧)، هدية العارفين (٢/١٧٤، ١٧٥)، طبقات ابن هداية (ص٢٤١)، طبقات الشافعية لابن شهبة (٢/٢٣٣، ٢٣٤)، نزهة النفوس والأبدان للخطيب الجوهرى (١/٣٥٤)، الأعلام للزركلى (٦/٢٨٦)، معجم المؤلفين لعمرو كحالة (٩/١٢١)، (١٠/٢٠٥).

وصف النسخ الخطية

لقد اعتمدنا فى تحقيق هذا الكتاب بفضل الله الواحد الأحد، الفرد الصمد، الذى لم يلد ولم يولد، على النسخ الخطية الآتية:

١ - نسخة مكتبة الأزهر، برقم (٥٢٥٢)، (١٥١/خاص)، وتقع فى (١٦٧/ق).

٢ - نسخة مكتبة الأزهر أيضًا، برقم (٤٢٧٢)، رقم خاص (٢٨١)، وتقع فى (٢٥٠/ق).

٣ - نسخة مكتبة الأزهر، برقم (٢٢٤٢٦)، ورقم خاص (٨٦٣)، وتقع فى (٢١٥/ق).

٤ - نسخة مكتبة الأزهر، برقم (٢٨٥١٢)، ورقم خاص (١٠٨٣/سقا)، وتقع فى (١٧٥/ق).

٥ - نسخة مكتبة الأزهر، برقم (٢٤٢٦٧)، ورقم خاص (١٨٠٨)، وتقع فى (٢٥٣/ق).

* * *

خاتمة

ولا يسعنى فى النهاية إلا أن أقدم شكرى لمشايخى الذين كانوا سببًا فى إخراجى من الجهل إلى طلب العلم، وهم:

١ - الشيخ جاد الرب رمضان، رحمه الله.

٢ - الشيخ الحسينى الشيخ.

٣ - الشيخ محمد أنيس عبادة.

٤ - الشيخ كمال عبد العظيم العنانى.

ولوالدى رحمه الله، ولوالدتى، ولكل من ساندنا فى تحقيق هذا الكتاب، وللسيد الناشر/ محمد على بيضون، حفظه الله.

كتبه أضعف الورى، طالب العلم/ محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعى، أو محمد فارس.

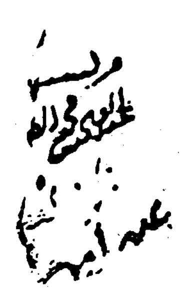
القاهرة، الظاهر، ١٤ شارع أرض الحرمين، متفرع من شارع رمسيس.

* * *

وروُ
١٨١

من خزائن الشنوانية
بالأزهر





طرّة النسخة الأزهرية برقم [٥٢٥٢]

بسم الله الرحمن الرحيم الله حسبي وكفى

قال الشيخ الإمام العلامة رحلة الطالبين ومفتي المسلمين وعمدة المحدثين والأصوليين محمد أبو عبد الله بدر الدين الزركشي الشافعي رحمه الله تعالى: الحمد لله المتعالي عن الشبيه والنظير المنزه عن وصف يدركه حس أو يختلج به ضمير أحمده على ما أسبغ من نعمه وأبلغ من دقيق حكمه وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تستحق لعبوديته وأشهد أن محمدا عبده ورسوله عبد وسر حضرته صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وعترته أما بعد فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها وأدعى لضبطها وهي إحدى حكم العدد التي وضع لأجلها والحكيم إذا أراد التعليم لا بد له أن يجمع بين بيانين إجمالي تتشوف إليه النفس وتفصيلي تسكن إليه ولقد بلغني عن الشيخ قطب الدين السنباطي أنه كان يقول الفقه بالنظائر وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب وتنظم عقده المنثور في سلك وتستخرج له ما يدخل تحت ملك أصلتها لتكون ذخيرة عند الاتفاق وفرعت عليها من الفروع ما يلتحق بتأصيلها على الخلاف والوفاق وعاليها بحمد الله مما لا يتهيأ للأنام بمثلها ولا ركضت جياد القرائح في جواد سبلها تتنزه في رياضها عيون العقول ويكرع من حياضها لسان المنقول ويستخرج من بحار المعاني درها الثمين ويتناول عقدها الفريد باليمين ورتبتها على حروف المعجم ليسهل تناول طرازها المعلم والله المسؤول أن ينفعنا بما تنطق به الألسنة ويجعلنا من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه

فصل قال القاضي حسين الفقه افتتاح علم الحوادث على الإنسان أو افتتاح شعب أحكام الحوادث على الإنسان حكاه عنه البغوي في تعليقه وقال ابن سراقة في كتابه في الأصول حقيقة الفقه عندي الاستنباط قال الله تعالى لعلمه الذين يستنبطونه منهم ولذلك قال ابن السمعاني في القواطع هو استنباط حكم المشكل من الواضح قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رب حامل فقه غير فقيه أي غير مستنبط ومعناه أنه يحمل الرواية من غير أن يكون له استدلال واستنباط منها قال وما أشبه الفقيه إلا بغواص في بحر در كلما غاص في بحر فطنته استخرج درا وغيره يستخرج آجرا ومن محاسن قول الإمام أبي حنيفة الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها وقال الإمام في الغياثي أهم المطالب في الفقه التدرب في مآخذ الظنون في مجال الأحكام وهو الذي يسمى فقه النفس وهو أنفس صفات علماء الشريعة واعلم أن الفقه أنواع أحدها معرفة أحكام الحوادث نصا واستنباطا وعليه صنف الأصحاب تعاليقهم المبسوطة على مختصر المزني الثاني معرفة الجمع والفرق وعليه جل مناظرات السلف حتى قال بعضهم الفقه فرق وجمع ومن أحسن ما صنف فيه كتاب الشيخ أبي محمد الجويني وأبي الخير بن جماعة المقدسي وكل فرق بين مسألتين مؤثر ما لم يغلب على الظن أن الجامع أظهر قال الإمام ولا يكتفى بالخيالات في الفروق بل إن كان اجتماع مسألتين أظهر في الظن من افتراقهما وجب القضاء باجتماعهما وإن انقدح فرق على بعد قال الإمام فافهموا ذلك فإنه من قواعد الدين الثالث بناء المسائل بعضها على بعض لاجتماعها في مأخذ واحد وأحسن شيء فيه كتاب السلسلة للجويني وقد اختصره الشيخ شمس الدين بن القماح وقد يقوى التسلسل في بناء الشيء على الشيء ولهذا قال الرافعي وهذه سلسلة طولها الشيخ ثم أكثر بناء الوجهين على قولين أو على وجهين إذا كان المأخذ في الأصل أقوى وأما القولان فيبنيان على القولين وقد يبنيان على الوجهين وهو مما يستنكر كثيرا

صورة اللوحة الأولى من النسخة الأزهرية برقم [٥٢٥٢]

وجوابه أن الوجهين مأخذهما قولان لم يتبين القولين في الحقيقة الأمثل قولين [illegible] المطارحات و[illegible]
مسائل غويصة يقصد بها تنقيح الأذهان وقد قال الشافعي رضي الله عنه لمن [illegible] إلى تعلم دقيق العلم
كيلا يضيع [illegible] المغالطات [illegible] المتحنا لسائل لغاز الفاما يحل وقد صنف فيه أبو بكر الصيرفي
وابن سراقة وأبو حاتم القزويني وغيرهم التاسع معرفة الأفراد وهو معرفة ما لكل من الأصحاب من
الأوجه الغريبة وهذا يعرف من طبقات العبادي وغيره ممن صنف الطبقات العاشر معرفة الضوابط
التي تجمع جموعا والقواعد التي ترد إليها أصول وفروع وهذا أنفعها وأعمها وأكملها وأتمها وبه يرتقي الفقيه
إلى الاستعداد لمراتب الاجتهاد وهو أصول الفقه على الحقيقة ولهذا كان بعض المشايخ يقول العلوم
ثلاثة علم نضج وما احترق وهو علم الأصول والنحو وعلم لا نضج ولا احترق وهو علم البيان والتفسير
وعلم نضج واحترق وهو علم الفقه والحديث وكان الشيخ صدر الدين بن المرحل يقول ينبغي للإنسان
أن يكون في الفقه قيما وفي الأصول راجحا وفي بقية العلوم مشاركا وقال صاحب الأحوذي ولا ينبغي لمصنف
أن يتصدى إلى تصنيف أن يعدل عن غرضين إما أن يخترع معنى وإما أن يبتدع وضعا ومبنى وما سوى هذين
الوجهين فهو تسويد الورق والتحلي بحلية السرق حرف الألف الإباحة الإباحة يتعلق بها مباحث الأول في
حصرها وهي تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة ولا تمليك فيها ولهذا لو ملك شيئا ولم يقبضه فأباحه [illegible]
خلاف ما لو وهبه والفرق أن الهبة تمليك وفي فتاوى بعض أهل اليمن إذا قال أبحت لك كذا فإن كان مما
لا يملك هل تصح الإباحة على وجهين أصحهما تصح وإن كان مما يملك صحت الإباحة وجها واحدا وله الرجوع فيما لم
يتلف المباح له وفي فتاوى البغوي إذا أخذ صيدا ملكه وإذا أرسله لا يزول ملكه فإذا قال أبحته لكل من
أخذه حل لمن أخذه أكله فإن وجب أن لا يجوز له أخذ بيعه وإنما يحل له أكله لأن ملك المالك لم يزل فالإباحة
كالضيف يأكل الطعام ولا يبيعه انتهى ومن أقسامها الضيافة عند القفال لأنها تمليك بل [illegible]
إلى [illegible] على طريق الإباحة وقال الجمهور بل ملك لأنها بالتقديم [illegible] المباحات والمباحات يملك بالاستيلاء
وقال الجمهور بل يملك ومنها الكتب التي يكتبها الناس بعضهم إلى بعض على ملك الكاتب والمكتوب
إليه الانتفاع بها على سبيل الإباحة حكاه الرافعي في باب الهبة عن المتولي ووجهه القاضي أبو الطيب
في باب الوليمة من تعليقه بأن الكتاب غير مقصود وإنما المقصود ما فيه فهو كظرف الهدية [illegible]
أقسامها العارية عند المراوزة فهي إباحة لا ملك فيها والمستعير لا يملك الفعل بالإباحة إلى غيره
وتابعهم الرافعي في باب الوصية ومن ثم [illegible] لو قال أبحت لك در هذه الشاة ونسلها [illegible]
عارية صحيحة قاله في التتمة وعلى هذا فقد تكون العارية استفادة عين كالإجارة في الإرضاع والبئر [illegible]
يفترقان فإن العارية لا تفتقر إلى لفظ من الجانبين أو من أحدهما والفعل من الآخر والإباحة
لا تشترط ذلك فيها على أحد الوجهين وفي فتاوى القاضي الحسين جماعة [illegible] فقال رجل أبحت لكم
هذا المال [illegible] جميعا لأن المال لا يتعين لواحد دون [illegible] قال وهبت لم يصح [illegible]
[illegible] الإباحة [illegible] تكون جائزة الرجوع وقد تكون لازمة كما أوصى له بالمنافع
مدة حياته فإنه يستحقها على جهة الإباحة اللازمة لا التمليك حتى إنه إذا مات لا تورث عنه وفي جواز
الإعارة له وجهان وقال الإمام في الأساليب ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم إلا في النكاح

صورة اللوحة [ب] من النسخة نفسها



الله حسبي وكفى

قال الشيخ الإمام العلامة، رحلة الطالبين ومفتي المسلمين وعمدة المحدثين والأصوليين، محمد أبو عبد الله بدر الدين الزركشي الشافعي، رحمه الله تعالى:

الحمد لله المتعالى عن الشبيه والنظير، والمنزه عن وصف يدرك به حس أو يختلج به ضمير.

أحمده على ما أسبغ من نعمته، وأبلغ من دقيق حكمته، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، شهادة متحقق لعبوديته، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، عروس حضرته، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وعترته.

أما بعد: فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة فى القوانين المتحدة، هو أوعى لحفظها وأدعى لضبطها، وهى إحدى حكم العدد التى وضع لأجلها، والحكيم إذا أراد التعليم، لابد له أن يجمع بين بيانين: إجمالى تتشوف إليه النفس، وتفصيلى تسكن إليه.

ولقد بلغنى عن الشيخ قطب الدين السنباطى، رحمه الله، أنه كان يقول: الفقه معرفة النظائر.

وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور فى سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك.

أصلتها لتكون ذخيرة عند الاتفاق، وفرعت عليها من الفروع ما يليق بتأصيلها على الخلاف والوفاق، وغالبها بحمد الله، مما لا عهد للإنام بمثلها، ولا ركضت جياد القرائح فى جواد سبلها، تتنزه فى رياضها عيون العقول، ويكرع من حياضها لسان المنقول، ويستخرج من أبحر المعانى درها الثمين، ويتناول عقدها الفريد باليمين.

ورتبتها على حروف المعجم ليسهل تناول طرازها المعلم، والله المسؤول، وهو خير مأمول أن يلهمنا محاسن ما تنطق به الألسنة، ويجعلنا من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه.

* * *

فصل

قال القاضى الحسين: الفقه افتتاح علم الحوادث على الإنسان، أو افتتاح شعب أحكام الحوادث على الإنسان، حكاه عنه البغوى فى تعليقه.

وقال ابن سراقة فى كتابه فى الأصول: حقيقة الفقه عندى الاستنباط، قال الله تعالى: ﴿**لعلمه الذين يستنبطونه منهم**﴾ [النساء: ٨٣].

وكذلك قال ابن السمعانى فى القواطع: هو استنباط حكم المشكل من الواضح.

قال رسول الله ﷺ: «رب حامل فقه غير فقيه»، أى غير مستنبط، ومعناه أنه يحمل الرواية من غير أن يكون له استدلال واستنباط منها. قال: وما أشبه الفقيه إلا بغواص فى بحر در، كلما غاص فى بحر فطنته استخرج درًا وغيره يستخرج آجرًا. ومن المحاسن، قول الإمام أبى حنيفة، رحمه الله: الفقه معرفة النفس ما لها وما عليها.

وقال الإمام فى الغياثى: أهم المطالب فى الفقه، التدرب فى مآخذ الظنون فى مجال الأحكام، وهو الذى يسمى فقه النفس، وهو أنفس صفات علماء الشريعة.

واعلم أن الفقه أنواع:

أحدها: معرفة أحكام الحوادث نصًا واستنباطًا، وعليه صنف الأصحاب تعاليقهم المبسوطة على مختصر المزنى.

والثانى: معرفة الجمع والفرق، وعليه جل مناظرات السلف، حتى قال بعضهم: الفقه فرق وجمع.

ومن أحسن ما صنف فيه، كتاب الشيخ أبى محمد الجوينى، وأبى الخير بن جماعة المقدسى، وكل فرق بين مسألتين مؤثر، ما لم يغلب على الظن أن الجامع أظهر.

قال الإمام، رحمه الله: ولا يكتفى بالخيالات فى الفروق، بل إن كان اجتماع مسألتين أظهر فى الظن من افتراقهما، وجب القضاء باجتماعهما، وإن انقدح فرق على بُعد. قال الإمام: فافهموا ذلك، فإنه من قواعد الدين.

الثالث: بناء المسائل بعضها على بعض؛ لاجتماعهما فى مأخذ واحد، وأحسن شىء فيه كتاب السلسلة للجوينى، وقد اختصره الشيخ شمس الدين بن القماح، وقد يقوى التسلسل فى بناء الشىء على الشىء؛ ولهذا قال الرافعى: وهذه سلسلة طولها الشيخ.

ثم الأكثر بناء الوجهين على قولين، أو على وجهين، إذا كان المأخذ فى الأصل أقوى، وأما القولان، فينبنيان على القولين، وقد ينبنيان على الوجهين، وهو مما يستنكر كثيرًا. وجوابه: أن الوجهين مأخذهما قولان، فلم نبن القولين فى الحقيقة إلا على قولين.

الرابع: المطارحات: وهى مسائل عويصة يقصد بها تنقيح الأذهان. وقد قال الشافعى، رضى الله عنه، للزعفرانى، رحمه الله: تعلم دقيق العلم كى لا يضيع.

الخامس: المغالطات.

السادس: الممتحنات.

السابع: الألغاز.

الثامن: الحيل، وقد صنف فيه أبو بكر الصيرفى، وابن سراقة، وأبو حاتم القزوينى، وغيرهم.

التاسع: معرفة الأفراد، وهو معرفة ما لكل من الأصحاب من الأوجه القريبة، وهذا يعرف من طبقات العبادى وغيره ممن صنف الطبقات.

العاشر: معرفة الضوابط التى تجمع جموعًا، والقواعد التى ترد إليها أصولاً وفروعًا، وهذا أنفعها وأعمها وأكملها وأتمها، وبه يرتقى الفقيه إلى الاستعداد لمراتب الجهاد، وهو أصول الفقه على الحقيقة.

فائدة

كان بعض المشايخ يقول: العلوم ثلاثة، علم نضج وما احترق، وهو علم الأصول والنحو، وعلم لا نضج ولا احترق، وهو علم البيان والتفسير، وعلم نضج واحترق، وهو علم الفقه والحديث.

وكان الشيخ صدر الدين بن المرحل، رحمه الله، يقول: ينبغى للإنسان أن يكون فى الفقه قيمًا، وفى الأصول راجحًا، وفى بقية العلوم مشاركًا.

وقال صاحب الأحوذى: ولا ينبغى لحصيف يتصدى إلى تصنيف أن يعدل عن غرضين، إما أن يخترع معنى، وإما أن يبتدع وضعًا ومبنى، وما سوى هذين الوجهين فهو تسويد الورق والتحلى بحلية السرق.

* * *

حرف الألف

الإباحة

الإباحة يتعلق بها مباحث:

الأول في حقيقتها: وهى تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة، ولا تمليك فيها، ولهذا لو ملك شيئًا ولم يقبضه فأباحه، صح بخلاف ما لو وهبه، والفرق أن الهبة تمليك، وفى فتاوى بعض أهل اليمن: إذا قال: أبحت لك كذا، فإن كان مما لا يتلف، فهل تصح الإباحة؟ على وجهين، أصحهما: تصح وإن كان مما يتلف صحت الإباحة وجهًا واحدًا، وله الرجوع فيما لم يتلفه المباح له.

وفى فتاوى البغوى: إذا أخذ صيدًا ملكه وإذا أرسله لا يزول ملكه، فإذا قال: أبحته لكل من أخذه، حل لمن أخذه أكله. قال: وجب أن لا يجوز للآخذ بيعه، وإنما يحل له أكله؛ لأن ملك المالك لم يزل بالإباحة، كالضيف يأكل الطعام ولا يبيعه. انتهى. ومن أقسامها الضيافة عند القفال؛ لأنها لا تملك، بل تناولهم إتلاف على طريق الإباحة[1].

وقال الجمهور: بل تملك؛ لأنها بالتقديم ألحقت بالمباحات، والمباحات تملك بالاستيلاء، ومنها الكتب التى يكتبها الناس بعضهم إلى بعض على ملك الكاتب، وللمكتوب إليه الانتفاع بها على سبيل الإباحة، حكاه الرافعى، فى باب الهبة عن المتولى[2].

ووجهه القاضى أبو الطيب فى باب الوليمة من تعليقه بأن الكتاب غير مقصود، وإنما المقصود ما فيه، فهو كطبق الهدية، ومن أقسامها العارية عند المراوزة، فهى إباحة لا ملك فيها، والمستبيح لا يملك نقل الملك بالإباحة إلى غيره، وتابعهم الرافعى، رحمه الله فى باب الوصية.

ومن ثم تنعقد بلفظها، فلو قال: أبحت لك در هذه الشاة ونسلها، كانت عارية صحيحة، قاله فى التتمة، وعلى هذا فقد تكون العارية لاستفادة عين كالإجارة فى

---

(١) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء (٢/٧٢٧).

(٢) أقول: الذى حكاه الرافعى فى باب الهبة، قال: إنه هدية يملكها المكتوب إليه، قاله المتولى. وقال غيره: يبقى على ملك الكاتب، وللمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الإباحة. انظر: روضة الطالبين (٥/٣٦٨).

الرضاع والبئر، ومما يفترقان فيه أن العارية لابد فيها من لفظ، إما من الجانبين أو من أحدهما، والفعل من الآخر، والإباحة لا يشترط ذلك فيها على أحد الوجهين.

وفى فتاوى القاضى الحسين، رحمه الله: جماعة تيمموا لعدم الماء، فقال رجل: أبحت لكم هذا الماء، وهو يكفى لواحد بطل تيممهم جميعًا؛ لأن الماء لا يتعين لواحد، وإن قال: وهبت لكم، فقبلوا إن قلنا: يجب استعماله، بطل وإلا فلا.

الثاني: الإباحة قد تكون جائزة الرجوع، وقد تكون لازمة، كما لو أوصى له بالمنافع مدة حياته، فإنه يستحقها على جهة الإباحة اللازمة لا التمليك، حتى أنه إذا مات لا تورث عنه، وفى جواز الإعارة له وجهان[(١)]. وقال الإمام فى الأساليب، فى الكلام على الضيافة: ليس فى الشرع إباحة تقضى إلى اللزوم إلا فى النكاح، إذا قلنا: أنه إباحة لا ملك فيه، ويرد عليه ما ذكرنا.

الثالث: هل يشترط فى الإباحة العلم بالقدر المباح؟ قال العبادى، رحمه الله، فى الزيادات: لو قال: أنت فى حل مما تأخذ من مالى أو تعطى أو تأكل، فأكل فهو حلال، وإن أخذ أو أعطى لم يجز؛ لأن الأكل إباحة، والإباحة تصح مجهولة ولا تصح الهبة مجهولة. ونحوه قول الشيخ إبراهيم المروزى، رحمه الله، فى تعليقه: لو قال لصاحبه: أبحت لك حلاب شاتى، فهو إباحة المجهول، كما لو قال: أبحت لك ما تأكله من هذا الطعام، فتجوز مسامحته.

وفى فتاوى البغوى، رحمه الله: إذا قال: أبحت لك ما فى بيتى، أو استعمال ما فى دارى من المتاع، لا تصح هذه الإباحة حتى يبين، وإن قال: أبحت لك ما فى دارى من الطعام، أو ما فى كرمى من العنب، جاز له أكله، ولا يجوز أن يحمله أو يبيعه أو يطعم غيره، وهذا يساعد ما فى زوائد الروضة فى كتاب القسمة: إذا كان بين الشركاء حيوان لبون أو شجرة مثمرة، لم تجز القسمة بالمهايأة؛ لما فيها من الزيادة والنقصان، فطريقهما أن يبيح كل واحد لصاحبه مدة[(٢)].

---

(١) قال النووى: أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه حياتك، فهو إباحة وليس بتمليك، فليس له الإجارة، وفى الإعارة وجهان. انظر: روضة الطالبين (٦/١٨٧).

(٢) قال الإمام النووى: لا تجوز المهايأة فى الحيوان اللبون ليحلب هذا يومًا وهذا يومًا، ولا فى الشجرة المثمرة ليكون ثمرها لهذا عامًا ولهذا عامًا؛ لما فيه من التفاوت الظاهر طريقها والحالة هذه أن يبيح كل واحد نصيبه لصاحبه مدة. انظر: روضة الطالبين (١١/٢١٩).

وفى فتاوى ابن الصلاح، رحمه الله: رجل وكل آخر وكالة مطلقة ليتصرف فى ماله كيف شاء، وأذن له فى الأكل وما أراد على طريق الإباحة، فإذا أخذ من ماله مثلاً مائة درهم، هل تحمل على الإباحة المطلقة؟.

أجاب: إذا كان لفظ الإباحة شاملاً لذلك أخذًا وقدرًا، ولما يريد أن يفعله بها، جاز ذلك. وفى القواعد للشيخ عز الدين، رحمه الله: لا يشترط فى الإباحة أن يكون المباح معلومًا للمبيح، وهذا مستثنى من المجهول للحاجة إليه.

الرابع: هل يصح تعليقها؟ قال الرويانى، رحمه الله، فى آخر كتاب الوكالة من البحر: لو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد أبحت لك، فيه وجهان. قلت: ويشبه ترجيح الجواز إذ لا تمليك فيها.

الخامس: هل ترتد بالرد؟ قال الإمام، رحمه الله، فى باب الوكالة: لا أعلم خلافًا فى أن من أباح لغيره طعامًا، فقال المباح له: رددت الإباحة، وكان المبيح مستمرًا على إباحته، فللمباح له الاستباحة، ولا أثر لقوله: رددت الإباحة. ثم قال: وفى النفس من رد الإباحة شىء على بعد. وذكر ابن الرفعة، رحمه الله: أن كلام المهذب، يعنى فى العارية، يقتضى الرد[1].

قلت: وبه صرح فى الذخائر، فقال: للمباح له أن يرد. وذكر الرافعى، رحمه الله، فى باب الوديعة: أن الضيف لو قال: عزلت نفسى، كان له الأكل بعده[2].

السادس: قال الماوردى، رحمه الله، فى كتاب الإيمان من الحاوى: الاستباحة إذا صادفت إباحة لم يعلمها المستبيح، جرى عليها حكم الإباحة دون الحظر، كمن استباح مالاً قد أباحه له مالكه وهو لا يعلم بإباحته له، جرى على المال المستباح حكم الإباحة

---

(١) قال فى المهذب: ويجوز للمعير أن يرجع فى العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرد؛ لأنه إباحة، فجاز لكل واحد منهما رده، كإباحة الطعام، وإذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير. انظر: المجموع شرح المهذب (٢٠٧/١٤).

(٢) قال الرافعى: ولو عزل المودع نفسه، ففى انعزاله وجهان بناء على أن الوديعة، إذن أم عقد، إن قلنا: إذن، فالعزل لغو كما لو أذن للضيفان فى أكل طعامه، فقال بعضهم: عزلت نفسى، يلغو قوله وله الأكل بالأذن السابق، فعلى هذا تبقى الوديعة بحالها. وإن قلنا: عقد، انفسخت وبقى المال فى يده أمانة شرعية، كالريح تطير الثوب إلى داره، فعليه الرد عند التمكن، وإن لم يطلب على الأصح، فإن لم يفعل يضمن. انظر: روضة الطالبين (٣٢٧/٦).

اعتبارًا بالمبيح، ولم يجر عليه حكم الحظر اعتبارًا بالمستبيح[(١)].

قلت: ولو أباحه ثمار بستانه ثم رجع. قال الغزالى، رحمه الله: فما يتناوله قبل بلوغ الخبر، فلا ضمان.

وقال الصيدلانى بالغرم؛ لأنه لا يؤثر بجهله. قال الرافعى، رحمه الله: وإليه ميل الإمام. والذى فى النهاية: لا غرم به، ومنهم من أجرى فيه قولى عزل الوكيل، ورجح الجمهور وجوب الأجرة فيما لو رجع المعير واستعملها المستعير جاهلاً[(٢)].

السابع: ما يباح بالإباحة وما لا يباح، وهو على أقسام:

أحدها: ما يجوز قطعًا، وهو الأموال بالانتفاع[(٣)].

الثانى: ما يمتنع قطعًا، فمنها إتلاف المال لغير غرض شرعى، كما صرحوا به فى باب الغصب[(٤)] وغيره، ومنها الإبضاع، ولهذا لو أذنت المرأة فى الزنى وطاوعت، لم يسقط الحد؛ لأنه لا يباح بالإباحة[(٥)]. وفى تعليق الشيخ أبى حامد فى كلامه على البيع الفاسد: لو أباح وطء أمته لإنسان، فوطئها لا يلزمه المهر للإذن.

قال الرويانى فى البحر: ولا ينبغى أن تسلم له هذه المسألة؛ لأن الوطء لا يستباح بالإباحة، فعوضه لا يسقط بالإباحة، ويحتمل قولين كما فى إذن الراهن للمرتهن، هل يلزمه المهر؟ قولان لكنهما فى جاهل التحريم، فإن علم فهو زنى، والزنى لا يوجب المهر إلا عند الإكراه فى الأمة على الصحيح، ومنها القتل إذا قال: اقتلنى، لا يباح بالإذن قطعًا، كما قاله الماوردى فى الوديعة، وإنما الخلاف فى القصاص والدية، والأظهر أنهما لا يجبان، فإن قلت: هلا ضمن فى القتل، فإن المحرم لو حلق أجنبى شعره وهو ساكت، فإنه يضمن، أى المحرم؛ لأن الشعر فى يده عارية أو وديعة، والنفس أولى بذلك.

قلت: هما سواء، فإن الكفارة تجب على مبيح نفسه، وهو حق الله تعالى، كوجوب الفدية هناك، وإنما سقط القصاص؛ لأنه حق آدمى، وقد أسقطه. ومنها إباحة العرض،

---

(١) ذكره الماوردى فى باب من حلف على امرأته لا تخرج إلا بإذنه. انظر: الحاوى (١٥/٣٩٧).

(٢) جاء فى الروضة: استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع، لم يلزمه الأجرة، ذكره القفال. انظر: روضة الطالبين (٤/٤٤٥).

(٣) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء (٢/٦٢١)، مغنى المحتاج (٢/٢٦٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٤).

(٥) ذكره النووى فى باب الغصب. انظر: روضة الطالبين (٥/٦٠).

كذلك لو قال: اقذفنى، فلا يجب الحد فى الأصح، وقيل: يجب[١]. ونقل الإمام إجماع الأصحاب عليه؛ لأن العار يلحق العشيرة، فلا يؤثر الإذن فى حقهم.

* * *

الإبراء

يتعلق به مباحث:

الأول: هل هو إسقاط محض كالإعتاق، أو تمليك للمديون ما فى ذمته، فإذا ملكه سقط؟ فيه اختلاف ترجيح، ولهذا قال النووى، رحمه الله، فى موضع: لا يطلق الترجيح، بل يختلف بحسب الصور، أى فإنهم[٢] منعوا تعليقه بالشرط، وأبطلوه من المجهول، ومنعوا إبهام المحل فيما لو كان له على كل منهما دين، فقال: أبرأت أحدكما، ولو كان إسقاطًا لصح ذلك كله، ورجحوا أنه لا يشترط فيه علم المديون به ولا قبوله، وأنه لا يرتد بالرد، ولو كان تمليكًا لشرط ذلك كله[٣]، ولهذا توسط ابن السمعانى، فقال: إنه تمليك فى حق من له الدين إسقاط فى حق المديون، وذلك لأن الإبراء إنما يكون تمليكًا باعتبار أن الدين مال، وهو إنما يكون مالاً فى حق من له الدين، فإن أحكام المالية إنما تظهر فى حقه.

الثانى: أنه باطل من المجهول إلا فى صورتين:

إحداهما: إبل الدية[٤].

والثانية: ما إذا ذكر غاية يتحقق أن حقه دونها[٥]، كما نص عليه فى البويطى، فيقول مثلاً: أبرأتك من درهم إلى ألف، إذا علم أن ماله لا يزيد على ألف، فإنه يبرأ

(١) جاء فى الروضة: لو قال له: اقذفنى، فقذفه، ففى وجوب الحد وجهان، الأصح: لا، وقول الأكثرين لا يجب. انظر: روضة الطالبين (١٠/١٠٧).

(٢) جاء فى الروضة: قال صاحب التقريب: ولك أن تقول: ذكروا وجهين فى أن هبة الدين ممن عليه الدين تنزل منزلة التمليك، أم هو محض إسقاط. وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها، فإن قلنا: تمليك وجب أن يقع الموقع ولو كان الدين على غير المسكين فوهبه للمسكين بنية الزكاة، وقلنا: تصح الهبة ولا يعتبر القبض أجزأه عن الزكاة، ويطالب المسكين والمديون. انظر: روضة الطالبين (٤/٢٥٠)، (٥/٣٧٥)، الأشباه والنظائر (٢/٥٢٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٥٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٦٢)، روضة الطالبين (٤/٢٥٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٦٢).

حينئذ عن ماله فى ذمته، وإن جهل قدره، ولو قال: أبرأتك من الدراهم، فهل يصح؟ ويحمل على ثلاثة، وجهان فى باب الضمان من الرافعى، وأصحهما عدم الصحة، وهو يقتضى عدم صحة البراءة من أدنى المراتب[1]، وكلامه فى الصداق يقتضى ترجيح الصحة، فإنه أبطل الإبراء فى غير المتيقن، وجعل المتيقن على وجهين من تفريق الصفقة[2].

تنبيه: فى معنى المجهول ما لو قال: أبرئنى من مائة، فأبرأه وهو لا يعلم أن له عليه شيئًا، ثم تيقن أن له عليه مائة، وفى براءته وجهان فى كتاب الصداق من الرافعى[3]. وفى فتاوى النووى، رحمه الله: لو استوفى دينه من غريمه، وكان الوفاء من مال حرام ولم يعلم القابض أنه حرام، ثم أبرأه صاحب الدين أن أبرأه براءة استيفاء، لم يصح ويبقى الدين فى ذمته، وإن أبرأه براءة إسقاط سقط، وسكت عما إذا أطلق، والظاهر حمله على براءة الاستيفاء فلا يبرأ.

تنبيه آخر: المراد بالمجهول بالنسبة إلى المبرئ وأما المبرأ، وهو المديون، فهل يشترط علمه؟ قال فى الروضة: إن قلنا: إسقاط، لم يشترط، وإن قلنا: تمليك، اشترط كالمتهب[4].

قلت: وهذا فيما لا معارضة فيه، فأما فى الخلع، فلابد من علم الزوج بمقدار ما أبرأته منه قطعًا؛ لأنه يؤول إلى المعاوضة، وقد غلط فى هذه المسألة جماعة، وأجروا كلام الأصحاب على إطلاقه.

الثالث: تعليق الإبراء بشرط لا يجوز، كقوله: إذا جاء رأس الشهر فقد أبرأتك، وسواء قلنا: الإبراء إسقاط أو تمليك، كما قاله المتولى وغيره.

ولو قالت المرأة لزوجها: إن طلقتنى فأنت برىء من صداقى، أو فقد أبرأتك منه،

---

(١) قال فى الروضة: ولو قال: ضمنت لك الدراهم التى لك على فلان، وهو لا يعرف مبلغها، فهل يصح الضمان فى ثلاثة لدخولها فى اللفظ على كل حال وجهان كما لو أجر كل شهر بدرهم، فهل يصح فى الشهر الأول، وهذه المسائل بعينها جارية فى الإبراء. انظر: روضة الطالبين (٤/٢٥٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٨٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٨٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٥٠).

فطلق لم يبرأ؛ لأن تعليق الإبراء لا يصح، وعليها مهر المثل؛ لأنه لم يطلق مجانًا، كذا قاله الرافعي، رحمه الله، في الصداق(١)، وكلام المتولي قبيل الصلح يقتضي ترجيح البراءة، وقواه بعضهم.

أما لو قال لامرأته: إن أبرأتني من صداقك فأنت طالق، فأبرأته في مجلس التواجب وقع بائنًا في الأصح، ولو قال: إن أبرأت فلانًا عن الدين الذي لك عليه فأنت طالق، فإنه يقع رجعيًا، وكأن الفرق أنه في الثانية تعليق محض وفي الأولى معنى المعاوضة، حكاه الرافعي آخر الطلاق عن فتاوى القفال(٢).

ويستثنى من تعليق الإبراء صور أخر:

إحداها: لو قال: إن رددت عبدي فقد أبرأتك عن الدين الذي لي عليك، صح، وإذا رد يبرأ؛ لأنا إن قلنا: الإبراء إسقاط، فهو إسقاط يجوز بذل العوض في مقابلته، فيجوز أن يكون العوض منافع بدنه، قاله المتولي في باب الصلح.

الثانية: البراءة المعلقة بموت المبرئ، كما لو قال لمن له عليه دين: إذا مت فأنت في حل، ففي فتاوى ابن الصلاح: أنه وصية، فإن فضل عن دينه اعتبر من الثلث، ويؤيده جواز الوقف المعلق بموت الواقف، ومثله ما في فتاوى القاضي صدر الدين موهوب الجزري: إذا قال: أنت بريء عن الدين بعد موتي، أو قال: إذا مت فقد أبرأتك عن الدين، كان ذلك وصية صحيحة، سواء قلنا: الإبراء تمليك أو إسقاط؛ لأن على هذه الطريقة تملك الأعيان، حتى لو قال: هذا الثوب لك بعد موتي، صح.

الثالثة: تعليق الإبراء ضمنًا لا قصدًا، كما إذا علق عتق عبد ثم كاتبه، فوجدت الصفة عتق، وتضمن ذلك الإبراء من النجوم حتى تتبعه إكسابه، ولو لم يتضمنه الإبراء لم يعتق عنها، فلا يتبعه كسبه(٣).

الرابعة: البراءة تنقسم إلى استيفاء وإسقاط. قال القفال فيما حكاه القاضي الحسين عنه في كتاب الأسرار: وحد الاستيفاء حصول البراءة لمن عليه الدين مع تمكن صاحبه، وهو المختار، من التصرف في بدله، غير أن التصرف اقترن بالاستيفاء، وهو إقراضه منه. قال: وقد يجعل الشيء الواحد قبضًا واستيفاء حكمًا، كالعتق جعل تمليكًا وإزالة، واختار

(١) انظر: روضة الطالبين (٣١٨/٧).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٩٨/٨).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١٩٦/١٢).

أن الحوالة استيفاء، وبعد الاستيفاء استحال العود إليه، ولو كانت معاوضة للزم بيع الدين بالدين.

الخامس: إنه إنما يكون عما استقر من الديون فى الذمم، فأما ما لم يجب، فلا يصح الإبراء عنه[(١)]، فإن جرى سبب وجوبه فقولان، وأصحهما إلغاؤه[(٢)]، كما لو أبرأ المالك الغاصب من الضمان والمال باق فى يده، ففى براءته وصيرورة يده يد أمانة وجهان مبنيان على الإبراء عما لم يجب وجرى، سبب وجوبه؛ لأن الغصب، سبب وجوب القيمة عند التلف[(٣)]، ومثله المبيع قبل القبض فى ضمان البائع، فلو أبرأه المشترى عن الضمان، فخلاف مبنى على ما قبله، والأصح عدم البراءة[(٤)].

ومثله أودعه عينًا وأبرأه من ضمانها، فإن كان بعد تلفها واستقرار غرمها فى ذمته، صح الإبراء، وإن كان مع بقاءها، ففى سقوط الضمان وجهان، أصحهما المنع[(٥)]، ولو أبرأت المفوضة عن مهر المثل قبل الفرض والمسيس، لم يصح؛ لأن المذهب أن العقد لم يجب به شىء[(٦)].

ويستثنى من هذا القسم ما لو حفربئرًا فى ملك غيره بلا إذن وأبرأه المالك ورضى

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٦٢).

(٢) قال السيوطى: ولا يصح الإبراء عما لم يجب، ولو جرى سبب وجوبه فى الأظهر. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٦٢).

(٣) قال الإمام النووى: قلت: قطع صاحب الحاوى بأنه يبرأ، وصححه البغوى. قال صاحب الشامل والمهذب: هو ظاهر النص. انظر: روضة الطالبين (٤/٦٨).

(٤) جاء فى الروضة: فلو أبرأ المشترى البائع من ضمان المبيع، قبل: القبض فهل يبرأ حتى لو تلف لا ينفسخ العقد ولا يسقط الثمن؟ قولان، أظهرهما: لا يبرأ، ولا يتغير حكم العقد. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٠١).

(٥) قال الخطيب الشربينى: برىء فى الأصح؛ لأنه أسقط حقه، والثانى لا يبرأ حتى يردها إليه أو إلى وكيله. انظر: مغنى المحتاج (٣/٩٠).

(٦) جاء فى الروضة: إن قلنا: يجب المهر بالعقد، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل، فإن جهلته ففى صحة الإبراء عن المجهول قولان، أظهرهما المنع، فإن منعنا فذلك فيما زاد على المتعين، وفيما استبقته وجهان من تفريق الصفقة.

وإن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، فهو إبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، وفى صحته قولان كالقولين فى ضمانه، أظهرهما فساده، فحصل أن المذهب فساد إبرائها. انظر: روضة الطالبين (٧/٢٨٤).

باستبقائها بعد الحفر، برىء مما يقع فيها وصار كما لو أذن له ابتداء، قاله صاحب البيان فى فتاويه[١]، وليس لنا إبراء يصح قبل وجوبه غير هذه الصورة، وأما ما لم يستقر، فلا يصح الإبراء عنه، كما لو باع دينارًا فى ذمته بعشرين درهمًا فى ذمة صاحبه وأبرأ أحدهما الآخر لم يصح؛ لعدم استقراره، قاله الماوردى وغيره، ونقض بدين الكتابة، والأحسن تعليله بأن الشرط فى الربوى القبض الحقيقى، بدليل امتناع الحوالة به، ولم يوجد ذلك، ومنه الدعوى، ففى صحة الإبراء عنها وجهان. قال القفال: لا يصح، فلو قال: أبرأتنى من هذه الدعوى، لا يسمع[٢].

* * *

الأبنية

تعتبر فى صلاة الجمعة وعدم القصر والفطر والصوم وغيرهما من رخص السفر، وفى عدم تحريم الاستقبال والاستدبار لقاضى الحاجة[٣]، وقضاء الصلاة بالتيمم عند فقد الماء على المقيم بالأبنية دون المسافر غالبًا، وفى البيع يدخل فى بيع القرية الأبنية والساحات المحيطة بالسور لا المزارع فى الأصح، ولو ولى قضاء بلدة فحكم وهو خارج الأبنية، فينبغى أن يكون على الخلاف فى نظائره فى دخول المزارع فى البيع ونحوه[٤]، ولو حلف لا يدخل قرية كذا، لم يحنث بدخول مزارعها الخارجة عنها.

* * *

الأبوة والبنوة

متضايفان بمعنى أنه يلزم من ثبوت أحدهما ثبوت الآخر، ومن فروعه، قال الرويانى: الأولى فى ادعاء النسب أن يقول مدعى الأبوة: أنا ابنك، ومدعى البنوة: أنت ابنى، فلو قال الابن: أنت أبى، أو الأب: أنا أبوك، صحت الدعوى حكمًا، وإن فسدت اختيارًا.

* * *

---

(١) نقله السيوطى، وقال: قاله صاحب التتمات فى فتاويه. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٦٢).

(٢) جاء فى الروضة: ولو قال: إنه أبرأنى من هذه الدعوى، فهل يحلف المدعى أنه لم يبرئه، وجهان اختار القفال والغزالى المنع، وادعى الرويانى أن المذهب التحليف؛ لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه برىء. انظر: روضة الطالبين (١٢/١٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤١٩).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤١٩).

اتحاد الموجب والقابل

يمتنع إلا فى مسألتين[١]:

إحداهما: الأب والجد فى بيع مال الطفل لنفسه[٢].

الثانية: إذا وكله فى البع وأذن له فى البيع من نفسه، وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة، ففى المطلب أنه ينبغى أن يجوز، إذ اتحاد الموجب والقابل إنما يمتنع لأجل التهمة، بدليل الجواز فى حق الأب والجد.

* * *

اتحاد القابض والمقبض

يمتنع إلا فى صور:

الوالد يتولى طرفى القبض فى البيع وفى النكاح، إذا أصدق فى ذمته، أو فى مال ولد ولده لبنت ابنه[٣].

وفى صورة الخلع إذا خالعها على طعام فى ذمتها بصفة السلم، وأذن لها فى صرفه لولده منها فصرفته له من غير توسط قبض صاحب المال، فإنها تبرأ إلا فى احتمال لابن الصباغ من اتحاد القابض والمقبض[٤].

---

(١) ذكر العلامة السيوطى الاستثناء فى خمس صور، منها الصورتين اللتين ذكرهما المصنف، والثلاثة الباقية هى:

١ - إذا زوج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر على الأصح.

٢ - إذا زوج عبده الصغير بأمته على قول الإجبار.

٣ - الإمام الأعظم إذا تزوج من لا ولى لها على وجه يجرى فى القاضى وابن العم والمعتق.

انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨١).

(٤) جاء فى الروضة فى باب الخلع: وإن صححنا، أى الخلع، فهو فى الطعام والشراب، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد، وبين أن يأمرها بالصرف إليه. قال ابن الصباغ: ينبغى أن يجيىء فيه الخلاف المذكور فيما إذا أذن الحاكم للملتقط فى الإنفاق على اللقيط من ماله بشرط الرجوع. قال النووى: قلت: ليس هو قتله، بل يجوز هذا قطعًا. والفرق ظاهر. انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠١).

ونقل الجورى، عن الشافعى، رحمه الله: أن الساعى يأخذ من نفسه لنفسه(١)، وقد يستشكل ذلك؛ لأن قسمة المال المشترك لا يستقل به أحد الشريكين حتى يحضر الآخر أو يرفع الأمر إلى القاضى، إلا أن يعتذر بأنه أمين من جهة الشرع، ولو قال من وجب عليه كفارة يمين لغيره: أطعم عنى عشرة مساكين، فأطعم يسقط الفرض عنه، وإن كانت الهبة لابد فيها من القبض، ويجعل قبض المساكين كقبضه، قاله فى التتمة فى كتاب الشفعة، وفى مسألة الظفر المشهورة، ولو كان الموهوب له الغاصب أو المستعير أو المستأجر فى قبض ما فى يده من نفسه وقبل صح، وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض برىء الغاصب والمستعير من الضمان، نقله الرافعى، رحمه الله، فى كتاب الهبة. قال: وهو مخالف للأصل المقرر فى أن الشخص لا يكون قابضًا ومقبضًا(٢)، وكذلك لو أجر دارًا بدراهم معلومة، ثم أذن المؤجر للمستأجر فى صرفها فى العمارة، فإنه يجوز(٣).

قال ابن الرفعة، رحمه الله: ولم يخرجوه على الخلاف فى اتحاد القابض والمقبض، وفى الأشراف لو كان له فى ذمة شخص مال، فأذن له فى إسلامه فى كذا.

قال ابن سريج: يصح والمذهب المنع، وينبغى طرد هذا الخلاف فى التى قبلها.

* * *

الإثبات

أقرب إلى الإحاطة والعلم من النفى.

ولذلك يقدم المثبت على النافى عند التعارض، وكان الحلف فى طرف الثبوت على البت، وفى النفى على العلم.

ومن فروعه: لو ادعت الطلاق فأنكر الزوج، فحلف ثم رجعت، لم يقبل قولها؛ لاستناد قولها إلى الإثبات، ولو زوجت وكان رضاها شرطًا، فقالت: لم أرض، ثم اعترفت به، فالأصح عند الغزالى قبوله؛ لأن قولها الأول راجع إلى النفى والثانى وهو المنصوص لا يقبل؛ لأن النفى فى فعلها كالإثبات، ولذلك يحلف فى نفى فعله على البت.

ومنها: لو قال الغاصب أو الضامن: هذا المال فى يدى حرام، ولم يصدقه المضمون له

---

(١) ونقله السيوطى عن الجورى. (١/٢٨١).

(٢) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٥/٣٧٤). وانظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨١).

والمالك، فإنه لا يحرم عليه أخذه؛ لعدم علمه بتحريم ذلك.

ولو قال الغاصب: هو حلال، وقال المضمون له: حرام، أجبر المضمون له على الأخذ أو الإبراء؛ لأنه لم يتحقق العلم بالتحريم.

تنبيه: فلو كان النفى محصورًا، كان كالإثبات فى إمكان الإحاطة، ولهذا لو شهدا أنه باع فلانًا فى ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكنًا فى تلك الحالة، أو شهد اثنان أنه قتل فلانًا ساعة كذا، وشهد آخران أنه كان ساكنًا فى تلك الحالة لا يتحرك ولا يعمل شيئًا، ففى قبول الشهادة الثانية وجهان، أصحهما القبول، ووجهه النووى، رحمه الله، بما ذكرنا.

* * *

الإجارة كالبيع

إلا فى وجوب التأقيت والانفساخ بعد القبض بتلف المورد من الدابة والدار بخلاف البيع. وفى خيار الشرط فيها خلاف، وأن العقد يرد على المنفعة فى الأصح، وفى البيع على العين، وأن العوض يملك فى البيع بالقبض من الطرفين ملكًا مستقرًا، وفى الإجارة ملكًا مراعى لا يستقر إلا بمضى المدة[(١)].

* * *

الأجل

لا يحل بغير وقته إلا فى صور:

منها: الموت، ولو مات العبد المأذون وعليه ديون مؤجلة وفى يده أموال، فإنها تحل. ذكره فى أصل الروضة، فى بابه عن القاضى الحسين[(٢)].

ومنها: الجنون يحل به الديون المؤجلة فى المشهور فى أصل الروضة، ولا ترجيح فى الرافعى[(٣)].

ومنها: استرقاق الحربى فيه خلاف مرتب على الحلول بالإفلاس وأولى بالحلول،

---

(١) ذكره العلامة السيوطى فيما افترق فيه الإجارة والبيع. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٢٥).

(٢) ذكره فى أصل الروضة بنصه (٣/٥٧٤).

(٣) قال السيوطى: والأصح خلافه. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٢٩).

ذكره الرافعى، رحمه الله، فى السير[١].

قاعدة: حيث حل الأجل ولم يؤخذ ما أحل لأجله، هل يبقى الأمر كما فى الحال؟ فيه خلاف فى صور:

منها: لو باع بمؤجل ولم يسلم حتى حل الأجل، هل يجب عليه التسليم أولاً حتى يقبض الثمن؟ رجح فى الكبير الوجوب، وفى الصغير عدمه.

ومنها: إذا أصدقها مؤجلاً فلم تسلم نفسها حتى حل الأجل لم يجب عليها التسليم حتى تقبض فى الأصح[٢].

ومنها: إذا باع بمؤجل، فلم يسلم الثمن حتى حجر على المشترى فيه وجهان.

* * *

الاجتهاد[٣] لا ينقض بالاجتهاد

لأنه لو نقض به لنقض النقض أيضًا؛ لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير ويتسلسل، فيؤدى إلى أنه لا تستقر الأحكام[٤].

ومن ثم اتفق العلماء على أنه لا ينقض حكم الحاكم فى المسائل المجتهد فيها، وإن قلنا: المصيب واحد؛ لأنه غير متعين، ولو حكم القاضى باجتهاده ثم تغير باجتهاد آخر، لا ينقض الأول، وإن كان الثانى أقوى منه، غير أنه إذا تجدد له لا يعمل إلا بالثانى،

---

(١) قال: وأولى بالحلول؛ لأنه يشبه الموت من حيث أنه يزيل الملك ويقطع النكاح. انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٥٦).

(٢) الذى فى الروضة: إن حل الأجل قبل تسليمها، فليس لها الامتناع أيضًا على الأصح، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه، والبغوى، والمتولى وأكثر الأصحاب، وقيل: لها، وبه قال القاضى أبو الطيب، واختاره الحناطى والرويانى؛ لأنها تستحق الآن المطالبة. انظر: روضة الطالبين (٧/٢٥٩).

(٣) لغة من الجهد، وهو الطاقة، ويضم المشقة، ويقال: اجهد جهدك ابلغ غايتك، وجهد كمنع جد. انظر: القاموس المحيط (١/٢٨٣).
شرعًا: فهو تفريغ الوسع فى تحصيل المقصود. انظر: الكافية فى الجدل (ص٥٨).

(٤) قال العلامة السيوطى: علته أنه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول، وأنه يؤدى إلى أنه لا يستقر حكم، وفى ذلك مشقة شديدة، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض، وهلم جرا. انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠١).

بخلاف ما لو بان له الخطأ باليقين، فإنه ينقض[1].

ولو تقدم خصمان إلى القاضى، فقالا: كان بيننا خصومة فى كذا، وتحاكمنا فيها إلى القاضى فلان، فحكم بيننا بكذا، لكنا نريد أن نستأنف الحكم فيها عندك، فقيل: يجيبهما، والأصح المنع، بل يمضى حكم الأول[2].

ولو اشتبهت القبلة فاجتهد رجل، ثم تغير اجتهاده عمل بالثانى، ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد، فلا قضاء[3]، ولو اجتهد فظن طهارة أحد الإنائين، فاستعمله وترك الآخر، ثم تغير ظنه، لم يعمل بالثانى، بل يتيمم بلا إعادة فى الأصح[4].

وقال ابن سريج: يتوضأ بالثانى ولا يتيمم؛ لأنها قضية مستأنفة، فلا يؤثر فيها الاجتهاد الماضى.

واعلم أنه لا يؤخذ من هذا أن ابن سريج يقول: إن الاجتهاد ينقض بالاجتهاد، وإنما الأصحاب ألزموه ذلك وهو يدفعه، فإن هذا حكم جديد، وإنما ينقض الاجتهاد لو ألزمناه بإعادة الصلاة الأولى وهو لا يقول به. ولو شهد الفاسق فردت شهادته فتاب وأعادها، لم تقبل؛ لأن قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد، كذا علله فى التتمة، ولو ألحقه القائف بأحد المتداعيين ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل، وكذا لو ألحقه القائف بأحدهما، فجاء قائف آخر فألحقه لم يلحق به؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وقيل: يتعارضان ويصير كأن لا قائف[5].

تنبيهات:

الأول: اعلم أن هذه العبارة اشتهرت فى كلامهم، وتحقيقها أن النقض الممتنع إنما هو فى الأحكام الماضية، وإنما تغير الحكم فى المستقبل لانتفاء الترجيح الآن، وهذا كالمجتهد فى القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به، ثم عارضه دليل آخر بعد ذلك، فإنه

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٢/١).

(٢) قال فى الروضة: فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول؟ ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد، وجهان حكاهما ابن كج، الصحيح الثانى. انظر: روضة الطالبين (١٥٤/١١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٠١/١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٢/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٢/١).

يعمل بالثانى فى المستقبل، ولا ينقض ما مضى[(١)].

وقال الإمام فى باب إحياء الموات: مقتضى هذا أن القاضى إذا أمضى حكمه وقضاءه فى واقعة، وكان لقضائه مستند من مذهب العلماء ومتعلق بالحجة، فإذا أراد قاض بعده أن ينقض قضاءه، لم يجد إليه سبيلاً.

الثانى: يستثنى من هذه القاعدة صور:

إحداها: أن للإمام الحمى، فلو أراد من بعده نقضه، فالأصح نعم؛ لأنه للمصلحة، وقد تغير. ومنع الإمام الاستثناء، وقال: ليس مأخذ التجويز هذا، ولكن حمى الأول كان للمصلحة، وهى المتبع فى كل عصر[(٢)].

الثانية: لو أقام الخارج بينة وحكم له بها، وصارت الدار فى يده، ثم أقام الداخل بينة حكم له بها ونقض الحكم الأول؛ لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد، هذا هو الأصح فى الرافعى.

وقال الهروى فى الأشراف: قال القاضى الحسين: أشكلت علىّ هذه المسألة منذ نيف وعشرين سنة، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وتردد جوابى، فذكرت مرة إن تأكد الحكم بالتسليم لم ينقض، وإلا فوجهان، كما فى رجوع الشهود على قول، ثم استقر رأيى على أنه لا ينقض، سواء كان قبل التسليم أو بعده[(٣)].

الثالثة: لو قسم القاسم بين الشركاء فى قسمة إجبار، ثم قامت بينة بغلطه أو حيفه نقضت، مع أن القاسم قسم باجتهاده، فنقض القسمة بقول مثله، والمشهود به مجتهد فيه مشكل، استشكله صاحب المطلب لهذه القاعدة[(٤)].

الرابعة: إذا قوم المقومون، ثم اطلع على صفة نقص أو زيادة، بطل التقويم الأول، لكن هذا ليس بنقض الاجتهاد بالاجتهاد، بل يشبه نقض الاجتهاد بالنص[(٥)].

---

(١) ذكره السيوطى بنصه. انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠١).

(٢) وافقه فى ذلك السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠١).

(٣) هذا الكلام بنصه، وكذا النقول المروية عن الأصحاب، ذكرها الإمام السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/١٠٤).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٤).

التنبيه الثالث: المراد لا ينقض باجتهاد مثله، فإنه ليس بأولى من الآخر، وينقض باجتهاد أجلى وأوضح منه، ومن طريق أولى أن يتيقن الخطأ أولاً كما فى القبلة والأوانى. وقد استثنى الغزالى، رحمه الله، من ذلك ما إذا كان حكم الأول مستمرًا، كما إذا خالع زوجته ثلاث مرات ثم تزوجها الرابعة بلا محلل؛ لاعتقاده أن الخلع فسخ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح. قال: إن حكم حاكم بصحة هذا النكاح، لم يجب عليه مفارقتها، وإن تغير اجتهاده لما يلزم فى فراقها من تغير حكم الحاكم فى المجتهدات، وإن لم يحكم حاكم بصحته قبل تغير اجتهاده، ففيه تردد.

واختار الغزالى وغيره أنه يجب مفارقتها؛ لما يلزم فى إمساكها من الوطء الحرام فى معتقده، وهذا الذى قاله فى الحاكم لعله مبنى على أنه ينفذ باطنًا، وإلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم؛ لأن هذا بالنسبة إلى أخذه فى خاصة نفسه وامتناع نقض الحكم فى المجتهدات كما تقدم، ليظهر أثره فى المتنازعين، وعلى ذلك ينبنى أيضًا ما حكاه ابن أبى الدم، عن الأصحاب: أن الحنفى إذا خلل خمرًا فأتلفها عليه شافعى لا يعتقد طهارتها بالتخليل، فترافعا إلى حنفى وثبت ذلك عنده بطريقة، فقضى على الشافعى بضمانها، لزمه ذلك قولاً واحدًا حتى لو لم يكن للمدعى بينة، وطالبه بعد ذلك بأداء ضمانها، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شىء؛ لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم، والاعتبار فى الحكم باعتقاد القاضى دون اعتقاده، وكأن هذا مفرع على نفوذ حكمه باطنًا، وإلا فيسوغ له الحلف، ويؤيده الخلاف فيما إذا حكم الحنفى الشافعى بشفعة الجوار، هل تحل له؟[1].

الرابع: قالوا: المجتهد إذا تغير اجتهاده يعمل بالثانى، ولم يخرجوه على الخلاف فى تعارض الأمارتين إلحاقًا للطارىء بالمقارن، وكأن الفرق لزوم العمل بالأول قطعًا.

* * *

اجتماع العوض[2] والمعوض لواحد

عن الشيخ عز الدين، رحمه الله، أنه قال: ليس ذلك فى غير المسابقة، فإن السابق يريض نفسه وفرسه ويأخذ السبق.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٢).

(٢) العوض: هو المثل والقبض، يقال: قيضان، أى كل واحد منهما عوض الآخر. انظر: طلبة الطلبة (ص٢٩٦).

قلت: ويتصور في الكتابة، فإن السيد يملك النجوم بمجرد العقد، مع أن الصحيح بقاء الرقبة على ملكه، وقيل: تنتقل إلى المكاتب، وقيل: إلى الله تعالى، حكاه صاحب البيان وغيره.

وجزم الرافعي بالأول، ولو قال لغيره: أعتق عبدك عنك على ألف، ففعل استحق العوض في الأصح[(١)]، وقريب من هذا العين تكون لمالكين وهي القيمة المأخوذة للحيلولة في الأصح، فإنها باقية على ملك الدافع حكمًا، بدليل الاسترداد، ويملكها المغصوب منه، حتى قال الشيخ أبو محمد: ينفذ تصرف المغصوب منه فيها ولا يملكها[(٢)]، ومثله الشاة المعجلة باقية على ملك مالكها، ويملكها الفقراء[(٣)]، وإذا بل الحنطة بللاً يسرى إلى التلف، فالمذهب إنها كالتالفة، فيأخذ بدلها من الغاصب، ولمن تكون الحنطة وجهان:

أحدهما: للمالك، كيلا يكون العدوان قاطعًا حقه، كما لو نجس زيته، وقلنا: يطهر بالغسل، فإن المالك أولى به.

والثاني: للغاسل؛ لأنا جعلناه كالهالك، ولم يرجح الرافعي، رحمه الله، شيئًا لكنه جزم فيما إذا اختلط زيته بمثله، وقلنا: أنه كالهالك أن الغاصب يملك ذلك[(٤)]، وفي فتاوى البغوي: لو غصب شجرة وأحرقها حتى صارت رمادًا لا قيمة له، فالمالك أولى بالانتفاع بالرماد.

* * *

إدراك بعض وقت العبادة نوعان

الأول: إدراك إلزام، كإدراك زائل العذر بعض وقت الصلاة، وإدراك الجماعة، فلا يشترط فيه الركعة الكاملة، فإذا أدرك المعذور من وقت الصلاة قدر تكبيرة فما فوقها، وقد زال عذره، كان مدركًا لها ملتزمًا بفعلها، ولهذا سموه إدراك إلزام؛ لأنه يلتزم القضاء، فسووا فيه بين الزمان الطويل والقصير[(٥)].

---

(١) والثاني، وهو اختيار الخضري: لا؛ لإمكان تملكه بالشراء. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٩٢)، مغني المحتاج (٣/٣٦٣).

(٢) ذكره الرافعي في الروضة. انظر: روضة الطالبين (٥/٢٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢/٢٢١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٣٠).

(٥) قال الإمام النووي في المجموع: وإن بقي من الوقت قدر تكبيرة فما فوقها مما لا يبلغ ركعة،=

ومثله المسافر إذا أدرك جزءًا من صلاة الإمام المقيم يلزمه الإتمام؛ لأنه إدراك إلزام، والالتزام يستوى فيه القليل والكثير[١].

الثاني: إدراك إسقاط، فيشترط فيه الركعة الكاملة، فمنه الجمعة لا تدرك بما دون الركعة؛ لأن إدراكها يتضمن إسقاط ركعتين، سواء قلنا: الجمعة ظهر مقصورة، أو صلاة بحالها[٢]، والإدراك لا يفيد الإسقاط إلا بشرط كمال فى ذلك الإدراك، ألا ترى أن المسبوق إذا أدرك الإمام ساجدًا لم يدرك الركعة؛ لأنه إدراك ناقص[٣]، ولو سافر وقد بقى من الوقت ركعة قصر إن قلنا: كلها أداء وإلا فلا، كذا قاله الرافعى[٤].

وقال الشيخ أبو محمد فى الفروق: إن المذهب المنصوص فى رواية المزنى والربيع فيما إذا بقى من الوقت مقدار تكبيرة، فيحرم بالصلاة فيها كان له القصر، ثم قال: فإن قيل: هذا إدراك إسقاط لا إدراك إلزام، فهلا شرطتم إدراك ركعة كاملة كما فى الجمعة، قلنا: الفرق بينهما أن المسافر إذا أدرك جزءًا من الوقت فتحرم، ونوى القصر فقد حصل له استباحة الرخصة بتمامها فى الوقت؛ لأن استباحة الرخصة مع تكبيرة الإحرام.

فأما فعل القصر فهو موجب هذه النية، ولهذا إذا نواه مع التحرم لم يحتج إلى نيته مع السلام. وأما الإسقاط فى الجمعة، فيتعلق بإدراك فعل الإمام، وذلك لا يكون إلا بفعل ركعة كاملة. انتهى. وعلى هذا تستثنى هذه الصورة من هذه القاعدة.

* * *

أداء الواجبات على أضرب

الأول المالية: وتنقسم إلى عين ودين[٥].

=فقولان أصحهما باتفاق الأصحاب تلزمه تلك الصلاة؛ لأنه أدرك جزء منه كإدراك الجماعة. الثاني: لا؛ لمفهوم الحديث، وقياسًا على الجمعة. انظر: الالمجموع شرح المهذب (٣/٦٥).

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٣٩١).

(٢) جاء فى الروضة: إذا أدرك المسبوق ركوع الإمام فى ثانية الجمعة، كان مدركًا للجمعة، فإذا سلم الإمام أتى بثانية، وإذا أدركه بعد ركوعها لم يدرك الجمعة، ويقوم بعد سلام الإمام إلى أربع للظهر. انظر: روضة الطالبين (٢/١٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٧٦).

(٤) ذكره بنصه فى الروضة (١/٣٩٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٥١٠).

أما الدين: فإما أن يكون لله تعالى أو لآدمى.

والأول إن كان زكاة وجب على الفور إذا تمكن[١]، وكذلك الكفارات[٢]، وكذا جزاء الصيد والنذور، إن كان سببهما بالتعدى، فإن لم يكن كانت على التراخى، وهل للإمام المطالبة بهما؟ وجهان أطلق الرافعى حكايتهما، ولابد من لحاظ هذا التفصيل، ولو ادعى تلف النصاب قبل قوله إذا لم يعلم كذبه؛ لأن الزكاة أمانة فى يده، ودعوى الأمين التلف مقبولة، فإن اتهم حلف.

والثانى[٣] ضربان:

الأول: أن يكون مؤجلاً، فلا يجب أداؤه إلا بانقضاء الأجل، ولو عجله قبل المحل، فإن كان له غرض صحيح فى الامتناع كخوف الإغارة، لم يجب عليه قبوله، وإلا أجبر على القبض أو الإبراء[٤]، بخلاف ما لو ثبت له على غيره حد أو قصاص، فقال لمن له الحق: استوف منى ما تستحقه، لا يجبر على استيفائه أو العفو، والفرق أن الذمة هناك برية، وإنما قصد التخلص من الإثم، وقد حصل ببذله، وأيضًا فليس عليه ضرر فى ترك الاستيفاء؛ لتمكنه منه، وإذا مات لا يمكن مطالبة ورثته بالعقوبة.

وأما هاهنا، فربما يلحقه ضرر بهلاك ماله لا يتمكن من حقه، قاله فى التتمة فى كتاب السلم. هذا إذا عجله لمستحقه، فلو كان غائبًا فدفعه للحاكم، هل يجب على الحاكم قبض له لتبرأ ذمته؟ وجهان[٥].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/٢٠٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٠٩).

(٣) هو أن يكون دين لحق الآدمى.

(٤) قال الخطيب الشربينى فى باب السلم: ولو أحضره، أى المسلم، فيه المؤجل، قبل محله، أى وقت حلوله، فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح بأن كان حيوان يحتاج لمؤنة لها وقع، كما قيده فى المحرر بذلك، فلو قصرت المدة لم يكن له الامتناع أو وقت غارة، وألا تصح إغارة، كما استعمله المصنف فى باب الهدنة، أو كان تمرًا أو لحمًا يريد أكله عند المحل طريًا، أو كان مما يحتاج إلى مكان له مؤنة كالحنطة الكثيرة، لم يجبر على قبوله؛ لتضرره، وإن كان للمؤدى غرض صحيح فى التعجيل، ثم قال: وإلا فإن لم يكن للمسلم غرض صحيح فى الامتناع، فإن كان للمؤدى غرض صحيح فى التعجيل، كفك رهن أو براءة ضامن، أجبر المسلم على القبول؛ لأن امتناعه حينئذ تعنت. انظر: مغنى المحتاج (٢/١١٦)، روضة الطالبين (٤/٣٠).

(٥) قال الخطيب: ولا يلزم القاضى قبول الدين ممن هو عليه، ولا المغصوب من غاصبه للغائب=

أصحهما كما قال الرافعي في الوديعة والشهادات: المنع؛ لأن الحظ للغائب في أن يبقى المال في ذمة المليء، فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم[١]. وقال القفال في فتاويه: الوجهان يبنيان على أنه لو كان حاضرًا، هل يجبر على أخذه أم لا؟ فإن قلنا: يجبر أخذه الحاكم وإلا فلا، وقضيته أنه يأخذه إذا لم يكن عليه ضرر في القبول، وهذا أقرب مما رجحه الرافعي.

الثاني: أن يكون حالاً، فإن كان المديون موسرًا رشيدًا حيًا، فهل يجب أداؤه قبل الطلب؟ يتحصل فيه خمسة أوجه من كلام الروياني وغيره:

أحدها: يجب قياسًا على الزكاة.

والثاني: لا يجب؛ لأن الحق لمعين، واختاره ابن السمعاني وابن عبد السلام.

والثالث: إن كان سببه معصية وجب، وإلا فلا.

والرابع: إن لم يعلم به المالك وجب، وإلا فلا.

والخامس: إن كان برضاه كالقرض ونحوه، لم يجب، أو بغير رضاه كالإتلافات ونحوها وجب، حيث قلنا: لا يجب، فلو ظهرت قرائن حالية تشعر بالطلب، ففي وجوبه احتمال وتردد، وهذا كله في الدين اللازم ليخرج دين الكتابة إذ لا يجب عليه. نعم قال الإمام الشافعي، رضي الله عنه، في الأم: يحرم عليه المطل إذا كان معه وفاء، وإن كان معسرًا، فحتى يوسر ولا يجب الاكتساب له.

وقال أبو الفضل الفراوي: إن استدانه في معصية وجب. وكلام الأصحاب في قسم الصدقات يخالفه، وإن كان ميتًا قالوا: يبادر إلى قضاء دينه قبل تجهيزه، فإن لم يكن في

=فيها؛ لأن بقاء كل منهما أحفظ لمالكه؛ لأنه يبقى مضمونًا له، ولأن الدين في الذمة لا يتعرض للتلف، وإذا تعين تعرض له، ولأن من في يده العين يثقل عليه حفظها. انظر: مغني المحتاج (٣/٨٢).

(١) جاء في الروضة: فإن جوزنا الدفع إلى القاضي، لم يجب عليه القبول، إن كان المالك حاضرًا والدفع عليه متيسرًا، وإن لم يكن كذلك لزمه القبول على الأصح؛ لأنه نائب الغائبين، وإذا حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي، ففي وجوب القبول الوجهان، لكن هذا أولى بالمنع ليبقى مضمونًا للمالك ومن عليه دين لو حمله إلى القاضي نظر إن كان بحيث لا يجب على المالك قبوله، فالقاضي أولى، وإلا فوجهان وأولى بالمنع وهو الأصح؛ لأن الدين في الذمة لا يتعرض للتلف، وإذا تعين تعرض له. انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٧).

التركة جنسه بأن كانت عقارًا ونحوه. قال الشافعي والأصحاب، رحمهم الله تعالى: سأل وارثه غرماءه أن يحللوه، ويحتالوا به عليه، فيحتمل أنهم رأوا أن هذه الحوالة تبرئه هنا للحاجة، وإن كان محجورًا عليه. قال الماوردي: لا يجب على الولي قضاؤه حتى يثبت ويطالب به صاحبه، فإن أمسك عن المطالبة نظر، فإن كان مال المحجور ناضًا، ألزمهم الولي قبض ديونهم أو الإبراء منها خوفًا من أن يتلف المال، وإن كان أرضًا أو عقارًا تركهم على خيارهم في المطالبة. انتهى.

وسكت عما إذا كان لمحجور على مثله، وهاهنا يجب الأداء على الفور.

وأما الأعيان، فأنواع:

الأول: الأمانات الحاصلة في يده برضا صاحبها، فلا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة بها، كالوديعة(١) والشركة(٢) والقراض والوكالة(٣)، وأداؤها يكون بالتخلية بينه وبينها، هذا إذا استمرت عقودها، فإن ارتفعت ولم يطلبها المالك، استصحب الحال، وقد صرحوا بذلك في الراهن يفك الرهن بقضاء الدين، فهو باق في يد المرتهن على الأمانة على المشهور، ولا يضمن إلا بالامتناع من الرد بعد المطالبة.

وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يكون المرتهن بعد الأداء كمن طيرت الريح ثوبًا إلى داره حتى يعلم المرتهن به أو يرده؛ لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة(٤)، ومثله يد المكترى على الدابة، يد أمانة مدة الإجارة، فلو انقضت فكذا في الأصح(٥).

---

(١) قال الخطيب الشربيني: ومتى طلبها، أي الوديعة، المالك أو وارثه بعد موته، وهو أهل للقبض لزمه، أي الوديع، الرد؛ لقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾، ثم قال: وليس المراد برد الوديعة حملها إلى مالكها، بل يحصل بأن يخلي بينه وبينها فقط. انظر: مغني المحتاج (٣/٩٠).

(٢) قال في الروضة: إن يد كل منهما يد أمانة كالمودع. انظر: روضة الطالبين (٤/٢٨٦).

(٣) جاء في الروضة: متى طالب الموكل الوكيل برد ماله، لزمه أن يخلي بينه وبينه، فإن امتنع صار ضامنًا كالمودع. انظر: روضة الطالبين (٤/٣٢٦).

(٤) نقله في الروضة عن ابن الصباغ بنصه. انظر: روضة الطالبين (٤/٩٦).

(٥) قال الخطيب: وكذا بعدها في الأصح استصحابًا لما كان كالمودع، فلا يلزمه ردها، بل التخلية بينها وبين المالك كالوديعة.

والثاني يد ضمان، وقال السبكي: إنها بعد المدة أمانة شرعية كثوب ألقته الريح بداره، فإن تلفت عقب انقضاء المدة قبل التمكن من الرد على المالك أو إعلامه، فلا ضمان جزمًا، أما إذا استعملها، فإنه يضمنها قطعًا. انظر: مغني المحتاج (٢/٣٥١).

الثاني: الأمانات الحاصلة بغير رضا صاحبها، وهي: الأمانات الشرعية، كما لو طيرت الريح ثوبًا إلى داره، فالواجب عليه أحد الأمرين، إما إعلام المالك أو الرد على الفور إذا تمكن منه، وإنما لم يوجبوا الرد عينًا؛ لأن مؤنة الرد لا تجب عليه، وإنما الواجب التمكين من الأخذ، وعلى هذا فلو كان المالك عالمًا به ولم يطالب، لم يضمن بالتأخير بعلمه، إذ لا يجب عليه مؤنة الرد، ومن ذلك اللقطة إذا علم صاحبها، فإن لم يعلمه فهي قبل التملك أمانة وبعده مضمونة(١).

ومنه: لو استعار صندوقًا فوجد فيه دراهم، فهي أمانة في يده، كما لو طير الريح ثوبًا لداره، ذكره الرافعي في العارية(٢)، ولو أبق عبد إنسان فأخذه الغير ليرده على سيده، كان ضامنًا بوضع اليد عليه.

قال الماوردي وابن كج: في التجريد والمتجه خلافه، كما لو أخذ صيدًا ليداويه، ولو وقع طير لغيره على طرف جداره فنفره أو رماه بحجر فطار، لا يضمن(٣)، فإنه كان ممتنعًا من قبل، بخلاف ما لو رماه في الهواء فقتله يضمن، سواء كان في هواء داره أو غيره؛ لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره(٤)، قاله في التهذيب في باب الغصب.

وذكر الرافعي، رحمه الله، في باب الربا: أنه لو باعه نصف دينار شائعًا بخمسة دراهم، صح ويسلم إليه الكل، ليحصل تسليم النصف، ويكون النصف الآخر أمانة في يده، بخلاف ما لو كان له على غيره عشرة دراهم فأعطاه عشرة عددًا، فوزنت فكانت أحد عشر، كان الدرهم الفاضل للمقبوض منه على الإشاعة، ويكون مضونًا عليه؛ لأنه قبضه لنفسه، وعلى قياس ما ذكر لو وزن له مائة درهم كانت له عليه، فأخطأ بزيادة عشرة كانت العشرة مضمونة على الآخذ، وكذا لو اقترض منه مائة، فوزن له مائة وعشرة(٥).

الثالث: الأعيان المملوكة بالعقود قبل قبضها، وهي مضمونة على من هي بيده، كالمبيع قبل القبض من ضمان البائع(٦)، وكذا الصداق وعوض الخلع والصلح عن

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٠٦).
(٢) ذكره بنصه في الروضة (٤/٤٣٥).
(٣) قال الخطيب: لم يضمنه؛ لأن له منعه من جداره. انظر: مغني المحتاج (٢/٢٧٩).
(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٧٩).
(٥) ذكره بنصه في روضة الطالبين (٣/٣٨٢).
(٦) قال في الروضة: المبيع قبل القبض من ضمان البائع. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٠١).

الدم[١]، ويجوز للبائع حبس المبيع على الثمن، وإذا قبض وجب التسليم[٢].

الرابع: الأعيان المضمونة باليد، فيجب الرد سواء كان أصولها في يده بفعل مباح أو محظور، أو بغير فعله، **فالأول:** كالعارية إذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه[٣]، **والثاني:** كالمغصوب[٤] والمقبوض بعقد فاسد، **والثالث:** كالزكاة إذا قلنا تجب في العين فيجب المبادرة إلى دفعها للمستحق عند التمكين[٥]، وكذلك الصيد إذا أحرم وهو في يده أو حصل في يده بعد الإحرام، فهذا كالإرث[٦]، ولو كان في يده عين مغصوبة فأتى بها الحاكم، وجب القبول في الأصح ويبرأ منها الغاصب[٧]، ووجهه ما مر أن صاحبها لو كان حاضرًا أجبره على أخذه.

الضرب الثاني: الموجبات للعقوبة من حد أو قصاص، فيجب إعلام المستحق بها ليستوفيه أو يعفو، فإذا أقر بذلك عند الحاكم وجب عليه إعلامه في الأصح، ذكروه بالنسبة إلى القذف، وينبغي طرده في القتل ونحوه، ولو مكن المستحق لم يجبر صاحب الحق على استيفائه أو العفو بخلاف الحقوق المالية، وقد سبق قريبًا الفرق بينهما.

أما السرقة، فلا يجب عليه الإعلام بها، بل يخبر المالك بأن له عنده كذا إن كان تالفًا، وإن كان باقيًا رده أو وكل فيه، نعم لا يجوز التوكيل مع القدرة على الرد بنفسه، إذ ليس له دفع المغصوب إلى غير مالكه إلا إلى الحاكم، ومثله الوديعة ونحوه.

---

(١) وتطبيقًا على ذلك، قال في الروضة: المضمون معوض في معاوضة لا يصح بيعه قبل القبض؛ لتوهم الانفساخ بتلفه، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال، وفي بيع الصداق قبل القبض قولان بناء على أنه مضمون على الزوج ضمان العقد أو ضمان اليد، والأظهر ضمان العقد، ويجرى القولان في بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض، وبيع المعافى عن القود المال المعفو عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ. انظر: روضة الطالبين (٣/٥١١).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٧٤).

(٣) لذا قال الرافعي: إذا استعار دابة ليركبها إلى موضع فجاوزه، فهو متعد من حين المجاوزة، وعليه أجرة المثل ذهابًا من ذلك الموضع ورجوعًا إليه. انظر: روضة الطالبين (٤/٤٣٤).

(٤) قال الخطيب الشربيني: وعلى الغاصب الرد للمغصوب على الفور عند التمكن، وإن عظمت المؤنة في رده، ولو كان غير متمول كحبة بر أو كلب يقتنى. انظر: مغني المحتاج (٢/٢٧٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٢٠٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/١٥٠).

(٧) قال الرافعي في باب الوديعة: وإذا حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي، ففي وجوب القبول الوجهان. انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٧).

وأما قاطع الطريق، فإن غلبنا فيه حق الله تعالى، فكالسرقة يخبر بالمال مستحقه، وإن غلبنا فيه حق الآدمى وجب إعلامه ليستوفيه أو يدفعه إلى الإمام، وقد اختلف فيما يجب على الجناة، فقيل: التخلية والتنكيل، كالأمانات الشرعية، وقيل: بل الإقباض والتسليم كما فى المغصوب، وفائدة الخلاف تظهر فى وجوب أجرة الجلاد والمستوفى للقصاص، فإذا أوجبنا التمكين فقط لم تلزم الجانى، وإلا وجبت وهو الأصح.

الضرب الثالث: الأمانات المتعلقة بالذمة كالشهادة، فيجب على الشاهد الأداء إذا دعى للتحمل، ويلزمه الحضور عند القاضى[١].

وعن القاضى أبى حامد: أنه ليس عليه إلا أداء الشهادة إذا اجتمع مع القاضى، كذا نقله الرافعى[٢]، كأنه يقول: إن الغرض يحصل بالشهادة على شهادته، كما هو أحد الوجهين، ويصير الشاهد كالمودع لا يلزمه إلا التخلية بين الوديعة ومالكها دون التسليم.

* * *

الإذن فى الشىء إذن فيما يقتضى ذلك الشىء إيجابه

وهل يكون إذنًا فيما يقتضى ذلك الشىء استحقاقه هو ضربان:

أحدهما: ما يكون أذنًا فى صور:

منها: أذن لعبده فى النكاح لا يكون ضامنًا للمهر والنفقة فى الجديد، بل هما فى كسب العبد[٣].

ومنها: الوكيل بالبيع مطلقًا له قبض الثمن فى الأصح[٤]؛ لأنه من توابع البيع

---

(١) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء (١٠٧١/٢)، مغنى المحتاج (٤٥٠/٤)، روضة الطالبين (٢٧٤/١١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢٧٤/١١).

(٣) لأنه لم يلتزمه تصريحًا ولا تعريضًا، وقال فى القديم: يصير ضامنًا بالإذن ملتزمًا المهر والنفقة، واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر. انظر: روضة الطالبين (٢٢٦/٧).

(٤) جاء فى الروضة: إذا وكله بالبيع مطلقًا، فهل يملك الوكيل قبض الثمن؟ وجهان، أحدهما: لا؛ لأنه لم يأذن فيه، وقد يرضاه للبيع ولا يرضاه لقبض الثمن، وأصحهما نعم؛ لأنه من توابع البيع ومقتضياته. انظر: روضة الطالبين (٣٠٩/٤).

ومقتضاه، وله تسليم المبيع بعد توفر الثمن في الأصح[١].

ومنها: أذن في الضمان فقط دون الرجوع، فأدى عنه الضامن كان له الرجوع؛ لأن الأداء نتيجة الضمان المأذون فيه[٢].

ومنها: لو أذن لعبده في الوديعة فأتلفها، فبدلها يؤديه من كسبه ومال تجارته، لا من رقبته[٣]، كذا وقع في الحاوي الصغير، واستشكل بأن الأذن في الحفظ ليس إذنًا في الإتلاف، ولهذا لو جنى العبد بإذن السيد لا يتعلق بكسبه في الأصح، كما قاله الإمام؛ لأن الإذن في الجناية ليس إذنًا في قيمة ما يجنى عليه، وأجيب بأن المتلف في الحقيقة هو السيد؛ لأن إبقائها في يده تسليط له على الإتلاف.

الثاني: ما لا يكون إذنًا، كما لو أذن لعبده في القران والتمتع، لا يجب على السيد الدم على الجديد، وفي القديم قولان بخلاف إذنه في النكاح، فيكون ضامنًا للمهر في القديم قطعًا؛ لأنه لا بدل للمهر، وللدم بدل وهو الصوم، والعبد من أهله[٤].

ومنها: أذن لعبده في الإحرام بالحج، فأحرم وارتكب محظورًا من طيب أو قتل صيد، لم يجب على السيد الفدية وفرضه الصوم، بل للسيد منعه في حال الرق[٥].

ومنها: لو أحصر العبد تحلل وعليه الصوم، وليس للسيد منعه في الأصح؛ لإذنه في سببه[٦].

* * *

(١) أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه، وقال الشيخ أبو علي: هو على الوجهين في قبض الثمن. انظر: روضة الطالبين (٤/٣٠٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٦٦).

(٣) جاء في الروضة: ولو أودع ماله عند عبد فتلف عنده، فلا ضمان، وإن أتلفه فهل يتعلق الضمان برقبته كما لو أتلف ابتداءً أم بذمته كما لو باعه؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي. انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٦).

(٤) ذكره في الروضة بنصه. انظر: روضة الطالبين (٣/١٧٧).

(٥) ذكره في الروضة. انظر: روضة الطالبين (٣/١٧٦).

(٦) جاء في الروضة: لو أحرم بإذن السيد فأحصر وتحلل، فإن قلنا لا بدل الدم الأحصار صار السيد ضامنًا على القديم، قولاً واحدًا، وإن قلنا: له بدل، ففي صيرورته ضامنًا له في القديم قولان، وإذا لم نوجب الدم على السيد، فالواجب على العبد الصوم، وليس لسيده منعه منه على الأصح؛ لإذنه في سببه. انظر: روضة الطالبين (٣/١٧٧).

الإذن فى تصرف معين

هل يتعدى ما وجب بسببه إلى غير ذلك المعين؟.

فيه خلاف فى صور:

منها: العبد المأذون هل يطالب سيده فى بقية ماله بدين المأذون؟ فيه أوجه ثالثها يطالبه إن لم يكن فى يد العبد وفاء، وإلا فلا(١).

ومنها: عامل القراض والوكيل يشترى بشىء معين أجرى بعضهم فيه الخلاف(٢).

قاعدة: مخالفة الإذن على ثلاثة أقسام:

الأول: مخالفة إذن وضعى، كما لو أعاره ليرهن على مائة درهم فرهن على مائتين، بطل فيهما على الأصح(٣)، ولا تخرج على تفريق الصفقة.

الثانى: مخالفة إذن شرطى، كما إذا شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة فأجره الناظر أكثر منها لغير حاجة، وهذه المسألة لم أر فيها نقلاً، والظاهر أنها على خلاف تفريق الصفقة حتى تصح فى المشروط وحده.

الثالث: مخالفة إذن شرعى، كما إذا أجر الراهن المرهون مدة زائدة على المحل، فالمذهب البطلان فى الجميع(٤).

* * *

الأذان(٥)

---

(١) الوجه الأول: يطالب أيضًا؛ لأن العقد له. الثانى: لا. انظر: روضة الطالبين (٥٧٢/٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٢٨/٥).

(٣) قال الخطيب الشربينى: ومتى خالف ما عينه له بطل الرهن على القولين للمخالفة، لا إن رهن بأقل مما عينه له، كأن عين له ألف درهم فرهنه بمائة، فلا يبطل لرضا المعير به فى ضمن رضاه بالأكثر، هذا إذا كان من جنسه، فلو قال: أرهنه بمائة دينار، فرهنه بمائة درهم لم يصح؛ لاختلاف الأغراض بذلك، ولو رهنه بأزيد مما عينه بطل فى الجميع، لا فى الزائد فقط للمخالفة، وإن خالف فى ذلك بعض المتأخرين. انظر: مغنى المحتاج (١٢٥/٢).

(٤) لأنها، أى الإجارة، تنقص القيمة وتقل الرغبات عند الحاجة إلى البيع. انظر: مغنى المحتاج (١٣١/٢).

(٥) هو لغة الإعلام، قال تعالى: ﴿وأذان من الله ورسوله﴾، أى إعلام، وقال تعالى: ﴿وأذن فى=

قال الإمام: ولا يتوالى أذانان إلا فى صورة واحدة على قول، وهى ما إذا أذن للفائتة قبل الزوال، فلما فرغ زالت الشمس، فإنه يؤذن للظهر لا محال[١].

قلت: يضاف إليه صور:

إحداها: إذا أخر أذان الوقت إلى آخره، ثم أذن وصلى، فلما فرغ دخل وقت صلاة أخرى، فإنه يؤذن لها وقد اقتصر النووى، رحمه الله، على استدراك هذه الصورة[٢].

الثانية: إذا والى بين فريضة الوقت ومقتضيته، وقدم المقضية ففى الأذان لها الأقوال، وأما فريضته فالأصح يؤذن لها إذا طال الفصل بينهما[٣].

الثالثة: إذا أخر الظهر للجمع فى السفر أو بلا نية ثم أراد تقديم العصر، فإنه يؤذن لها، فإذا أذن لها أذن للفائتة على ما رجحه العراقيون، وتابعهم النووى، رحمه الله[٤].

* * *

إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؟

هى على أربعة أقسام:

ما يبقى قطعًا، وما لا يبقى قطعًا، وما فيه خلاف والأصح بقاؤه، وعكسه، والضابط أن اللفظ المضاف للحكم إن كان يتقوم به، فإذا بطل بطل، وإذا صح بقى، وإن كان لا يتقوم به، فإذا بطل المضاف المذكور بقى الحكم على صحته.

=الناس بالحج﴾، أى أعلمهم، وقال الشاعر:

أذنتنا بينها أسماء

أى أعلمتنا، يقال: أذن بالشىء تأذينا، وأذانًا وأذينًا على وزن رغيف إذا أعلم به فهو اسم مصدر، وأصله من الأذن، وهو الاستماع؛ لأنه يلقى فى أذان الناس ما يعلمهم به. انظر: المصباح المنير (١/١٣)، ولسان العرب (١/١٥).

وشرعًا: قول مخصوص يعلم به وقت الصلاة المفروضة. انظر: مغنى المحتاج (١/١٣٣).

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٣٥)، روضة الطالبين (١/١٩٨).

(٢) نقله فى الأشباه عن النووى. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٣٥)، روضة الطالبين (١/١٩٨).

(٣) جاء فى الروضة: أما فريضة الوقت، فقال إمام الحرمين: إن قلنا: يؤذن للمقضية لم يؤذن لفريضة الوقت، وإلا أذن والأصح أنه لا يؤذن لفريضة الوقت بعد المقضية بكل حال.

قال النووى: قلت: إلا أن نؤخرها عن المقضية بحيث يطول الفصل بينهما، فإنه يؤذن للحاضرة قطعًا بكل حال، كذا قاله أصحابنا. انظر: روضة الطالبين (١/١٩٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/١٩٨).

الأول: ما يبقى فيه العموم قطعًا، كما إذا أعتق عبدًا معيبًا عن كفارته، بطل كونه عن كفارته ويعتق عليه، وكذا لو قال: أعتق مستولدتك عنى على ألف، فقال: أعتقتها عنك، عتقت ولغا قوله: عنك، ولا عوض عليه في الأصح؛ لأنه رضى به بشرط الوقوع عنه ولم يقع(١).

قال الغزالى، رحمه الله: واعلم أن حكم الشافعى، رحمه الله، بنفوذ العتق فى المستولدة مع قوله: اعتقتها عنك، يدل على أنه إذا وصف العتق والطلاق بوصف محال يلغى الوصف دون الأصل، ومثله لو قال لمعينة: جعلت هذه أضحية أو نذر التضحية بها، وجب ذبحها، وتكون قربة ويفرق لحمها صدقة ولا تجزى عن الضحايا(٢).

ومنه: لو أخرج زكاة ماله الغائب وهو يظن سلامته فبان تالفًا، يقع تطوعًا بلا خلاف، كما أشار إليه الرافعى فى باب تعجيل الزكاة(٣)، ولم يخرجوه على هذا الخلاف، حتى لا تقع صدقة على وجه ويسترده من الفقير، كما لو دفع إليه الزكاة المعجلة ولم يشترط الاسترداد إن عرض مانع، فإن الأصح أنه يسترده(٤).

ومنه: لو تحرم بالفرض منفردًا فحضرت جماعة، قال الشافعى، رحمه الله: أحببت أن يسلم من ركعتين، وتكون نافلة ويصلى الفرض، فصحح النقل مع إبطال الفرض(٥).

ومنه: إذا استأجر لزراعة الحنطة شهرين، فإن شرط القلع بعد مضى المدة جاز، وكأنه

---

(١) قال فى الروضة: والصحيح أنه لا يستحق عوضًا؛ لأنه التزم العوض على أن يحصل العتق عنه ولم يحصل.
وقيل: يستحق ويلغى قوله: عنى، ويجعل باقى الكلام افتداءً. انظر: روضة الطالبين (٢٩٢/٨).

(٢) قال الخطيب الشربينى: ومن نذر أضحية معينة، فقال: لله علىّ أن أضحى بهذه البقرة مثلاً، أو جعلتها أضحية، أو علىّ أن أضحى بها، ولو لم يقل: لله تعالى، زال ملكه عنها. انظر: مغنى المحتاج (٢٨٨/٤).

(٣) قال الرافعى: إذا قال: هذه الدراهم عن مالى الغائب وكان تالفًا، فإنه يقع صدقة ولا يتمكن من الرجوع إلا إذا شرط الرجوع بتقدير تلف الغائب. انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع شرح المهذب (٥٤٠/٥).

(٤) جاء فى الروضة: فله الاسترداد على الأصح الذى قطع به الجمهور. انظر: روضة الطالبين (٢١٨/٢).

(٥) قال النووى: هكذا نص عليه الشافعى فى المختصر واتفق الأصحاب عليه فى الطريقين. انظر: المجموع شرح المهذب (٢٠٨/٤).

لا يبغى إلا القصل، وإن شرط الإبقاء فسد العقد للتناقض، ولجهالة غاية الإدراك، ثم إذا فسد فللمالك منعه من الزراعة، لكن إذا زرع لم يقلع زرعه مجانًا للإذن، بل يأخذ منه أجرة المثل لجميع المدة، قطع به الرافعى فى كتاب الإجارة، ولم يحك فيه خلافًا[١].

الثانى: ما لا يبقى قطعًا، كما إذا وكله ببيع فاسد، فليس له البيع مطلقًا لا صحيحًا؛ لأنه لم يأذن فيه، ولا فاسدًا؛ لأن الشرع لم يأذن، وكذا البيع الفاسد لا يستفيد به التصرف فى المشترى قطعًا، ولا اعتبار بالإذن الضمنى فيه؛ لأن الإذن فى ضمنه ناقل للملك، ولا ينتقل بخلاف ما إذا فسدت الوكالة، فإن الملك فيه على مالكه[٢].

ومنها: لو تحرم لصلاة الكسوف ثم تبين الانجلاء قبل تحرمه بها، فإن صلاته تبطل[٣] ولا تنعقد نفلاً قطعًا؛ لأنه ليس لنا نفل على هيئة صلاة الكسوف، فيندرج فى نيته، قاله الشيخ عز الدين. ولو أشار إلى ظبية، وقال: هذه ضحية فهو لاغ، ولا يلزمه التصدق بها قطعًا كما قاله النووى، رحمه الله، فى شرح المهذب[٤]، ولو ضحى على أن وقت الأضحية قد دخل، فلم يكن فالظاهر أنها على مالك مالكها، ويدل له حديث: «شاة الأضحية»، وقوله: «شاتك شاة لحم»، فإنه يقتضى أنها لا تكون أضحية ولا صدقة، فإن العبادة إذا وقعت قبل الوقت لا تصح أصلاً[٥].

الثالث: ما فيه خلاف والأصح يبقى، فمنه إذا تحرم بالصلاة المفروضة قبل وقتها ظانًا دخوله بطل خصوص كونها ظهرًا مثلاً، ويبقى عموم كونها نفلاً فى الأصح، فإن كان عالمًا أن الوقت لم يدخل بطل لتلاعبه.

قال البندنيجى، رحمه الله: ومثله لو نوى صوم الفرض بالنهار لم يصح فرضًا، وهل يصح نفلاً؟ فيه الخلاف، ومثلها فى فتاوى البغوى لو نذر صوم يوم الاثنين فنوى ليلة

---

(١) ذكره فى الروضة بنصه. انظر: روضة الطالبين (٥/٢١٤).

(٢) قال فى الروضة: إذا اشترى شيئًا شراءً فاسدًا إما لشرط فاسد وإما لسبب آخر ثم قبضه لم يملكه بالقبض ولا ينفذ تصرفه فيه ويلزمه رده، وعليه مؤنة رده كالمغصوب. انظر: روضة الطالبين (٣/٤١٠).

(٣) جاء فى الروضة: تفوت صلاة كسوف الشمس بأمرين، أحدهما: انجلاء جميعها، فإن انجلى البعض فله الشروع فى الصلاة للباقى، كما لو لم ينكسف إلا ذلك القدر. انظر: روضة الطالبين (٢/٨٦).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب (٨/٤٠٣).

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب (٨/٣٨٨).

الأحد على اعتقاد أنه الاثنين لم يصح؛ لأن العبادة لا تتقدم وقتها، وهل ينعقد صوم يوم الأحد نفلاً؟ فيه وجهان.

قال: ويحتمل أنه لا ينعقد قولاً واحدًا، كما إذا أدى دينًا على ظن أنه عليه، فبان أنه لم يكن، قال: والأول أصح.

ومنها: لو نوى بوضوئه الطواف وهو فى غير مكة، فيه خلاف حكاه صاحب البحر وغيره، والأصح الصحة إلغاء للصفة التى لا تتأتى منه، وإبقاء لنية العبادة المتوقفة على الوضوء إذ الطواف يشتمل على ذلك، ووجه المنع اعتبار المنوى بجملته وهو لا يتأتى قصده مع استحالة فعله ففسدت النية.

ومنها: إذا أحرم بالحج قبل أشهره، ففى انعقاده عمرة قولان، أصحهما نعم(١)، ولو نذر أن يحج الفرض سنة ستين مثلاً، وهو فى سنة خمسين، فحج قبل الستين، فهل يصح حجه ويسقط عنه أو يقع نفلاً؟ وجهان فى البحر، ولهما مأخذ آخر وهو أن تعيين المكلف، هل هو بمثابة تعيين الشارع(٢).

ومنها: لو نوى الانتقال من صوم إلى صوم لم ينتقل إليه، وهل يبطل ما هو فيه أو يبقى نفلاً؟ وجهان أصحهما فى الروضة بقاؤه(٣).

ومنها: إذا أفسد المكفر صوم يوم من الشهرين عمدًا، انقطع التتابع، وما مضى يحكم بفساده أو ينقلب نفلاً، فيه قولان فى نية الظهر قبل الزوال(٤).

ومنها: لو قال: هذه زكاة مالى المعجلة، وعرض مانع ففى الاسترداد وجهان قربهما

---

(١) قال فى الروضة: فيه طرق، المذهب أنه منعقد ويجزئه عن عمرة الإسلام، وعلى قول يتحلل بعمل عمرة ولا تحسب عمرة، ومنهم من قطع بهذا القول، وقيل: ينعقد إحرامه مبهمًا، فإن صرفه إلى عمرة كان عمرة صحيحة، وإلا تخلل بعمل عمرة. انظر: روضة الطالبين (٣/٣٧).

(٢) جزم فى الروضة بأنه لا يجزئه، حيث قال: وإن عين نذره سنة، تعينت على الصحيح كالصوم، فلو حج قبلها لم يجزئه. انظر: روضة الطالبين (٣/٣٢١).

(٣) جاء فى الروضة: وجهان، وكذا لو رفض نية الفرض عن الصوم الذى هو فيه.

قلت: الأصح بقاؤه على ما كان، واعلم أن انقلابه نفلاً على أحد الوجهين إنما يصح فى غير رمضان، وإلا فرمضان لا يقبل النفل عندنا ممن هو من أهل الفرض بحال. انظر: روضة الطالبين (٢/٣٥٥).

(٤) قال الخطيب الشربينى: رجح فى الأنوار أولهما، وابن المقرى ثانيهما، وينبغى حمل الأول على الإفساد بلا عذر، والثانى على الإفساد بعذر. انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٦٥).

الإمام من قولى التحرم بالظهر قبل الزوال[(١)].

ومنها: لو علق الوكالة على شرط وتصرف الوكيل بعد الشرط، والأصح الصحة؛ لأنه بطل خصوص الوكالة، فيبقى عموم الإذن[(٢)]، وهل يجرى هذا فى النكاح كما لو وكل الولى قبل استئذانها فى النكاح، فإنه لا يصح على الصحيح[(٣)]، فلو زوج الوكيل بعد استئذانها وكان بعض المشايخ يصححه تخريجًا له من هذه الصورة، والظاهر أنه لا يصح، وكلام الإمام يقتضيه، وسنذكر ما يؤيده.

ومنها: لو قالت: وكلتك بتزويجى، فليس بإذن؛ لأن توكيل المرأة فى النكاح باطل. قال الرافعى: ويجوز أن يعتد به إذنًا؛ لما ذكرناه فى الوكالة.

ومنها: الشركة والقراض، إذا فسدا لأمر أو شرط فاسد، فتصرف الشريك أو العامل نفذ التصرف، وادعى بعضهم نفى الخلاف فيه، لكن ابن يونس طرد فيه خلاف الوكالة، وقد ذكر الإمام.

منها: إذا انفسخ عقد القراض بتلف شىء من رأس المال أن العامل هل يتصرف بحكم الإذن الأول[(٤)]، قال: والسبب فيه أن صيغة الإذن وإن كانت قائمة، فقد اختلفت الجهة، والوكالة لا تحتمل استرسال تصرفات الشريك بذلك من غير ضبط.

ومنها: قال له: علىّ ألف من ثمن خمر، أو لا يلزمنى يلغو الأخير، وهل يصح الإقرار؟ الأصح نعم[(٥)].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/٢١٨).

(٢) قال الخطيب الشربينى: ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت، كقوله: إذا قدم زيد أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا، أو فأنت وكيلى، فيه فى الأصح كسائر العقود، والثانى يصح كالوصية.
وفرق الأول بأن الوصية تقبل الجهالة فتقبل التعليق، وعلى الأول ينفذ تصرفه فى ذلك عند وجود الشرط لوجود الأذن، وينفذ أيضًا تصرف صارف الأذن حيث فسدت الوكالة، إلا أن يكون الأذن فاسدًا، كقوله: وكلت من أراد بيع دارى، فلا ينفذ التصرف، كما قاله الزركشى. انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٣٣).

(٣) لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذ، والثانى يصح، فعلى هذا يستأذن الولى أو الوكيل للولى ثم يزوج. انظر: روضة الطالبين (٧/٧٣).

(٤) جاء فى الروضة: إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط فله ثلاثة أحكام، أحدها: تنفذ تصرفاته كنفوذها فى القراض الصحيح؛ لوجود الأذن كالوكالة الفاسدة. انظر: روضة الطالبين (٥/١٢٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤/٣٩٦، ٣٩٧).

الرابع: ما فيه خلاف، والأصح لا يبقى، فمنها لو وجد القاعد خفة فى أثناء صلاته فلم يقم بطلت صلاته على الأظهر، وكذا لو قلب فرضه نفلاً بلا سبب، حكاه ابن كج[١].

ومنها: لو تيمم لفرض قبل وقته، فالأظهر أنه لا يستبيح به النفل[٢].

ومنها: نوى فى رمضان صومًا غيره من نذر أو قضاء أو نفل، لم ينعقد صومه عن رمضان؛ لأنه لم ينوه ولا عما نواه مسافرًا كان أو حاضرًا؛ لأن الزمان مستحق لرمضان، قاله فى الشافى. وقال الرافعى: من أصبح فى رمضان غير ناو ونوى التطوع لم يصح. وعن أبى إسحاق أنه يصح. قال الإمام: فعلى قياسه يجوز للمسافر التطوع به.

ومنها: لو نذر صوم يوم العيد لم يصح؛ لأنه لا يقبل الصوم، وقيل: يصح ويلزمه صوم[٣] يوم آخر، حكاه الإمام فى الأساليب، ومثله لو نذر صلاة فاسدة، فقيل: تلزمه صحيحة، والأصح عدم الانعقاد[٤].

ومنها: لو أحال المشترى البائع بالثمن على رجل، ثم بطلت الحوالة برد المبيع بعيب ونحوه، فهل للمحتال قبضه للمشترى المحيل لعموم الإذن؟ وجهان أصحهما المنع؛ لأن الحوالة بطلت والوكالة عقد آخر يخالفها، وإذا بطل عقد لم ينعكس الآخر[٥].

وقد يبطل الخصوص وينتقل لخصوص آخر صونًا للكلام عن الإبطال، كما لو اشترى

---

(١) قال فى الروضة: لو وجد المصلى قاعدًا خفه فى صلاته، فلم يقم أو أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدًا، أو قلب المصلى فرضه نفلاً بلا سبب، فالأظهر البطلان فى الثلاثة. انظر: روضة الطالبين (١/٢٢٨).

(٢) قال الخطيب الشربينى: الثانى: تصح ذلك قبل دخول الوقت؛ لأن أمره أوسع، ولهذا جاز الجمع بين نوافل بتيمم واحد والتعبير بالأصح يقتضى قوة الخلاف، والذى رجحه فى أصل الروضة طريقة القطع بالمنع، فقال على المذهب. انظر: مغنى المحتاج (١/١٠٥).

(٣) قال فى الروضة: لو نذر صوم يوم العيد لم ينعقد، كما لو نذرت صوم يوم الحيض. انظر: روضة الطالبين (٣/٣١٩).

(٤) قال الخطيب: وعن الثانى بأن يأتى بالصلاة على التلبيس بها على غير طهارة أو نحوها، ثم قال: أما إذا نذر الصلاة فى أوقات النهى فى غير حرم مكة، أو الصوم فى يوم الشك، فقد مر أن نذره لم ينعقد، وإن صح فعل المنذور فيها. انظر: مغنى المحتاج (٤/٣٦٥).

(٥) الثانى: لا تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبًا، فإنه لا يبطل برد المبيع ويرجع بمثل الثمن. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٩٦).

لزيد وليس وكيلاً عنه، لا يقع لزيد، وهل يقع للفضولى الصحيح؟ نعم، إن كان الشرى فى الذمة دون ما إذا كان بعين مال الغير[١]، وكما لو أوصى بطبل وله طبل لهو وطبل يحل الانتفاع به، حملت على الثانى[٢]، وكذا لو كان له زقان خمر وخل، فقال: أوصيت لزيد بأحدهما، صح وحمل على الخل، ذكره القاضى الحسين، رحمه الله، وأيده بالتى قبلها، وكما لو أوصى بحمل فانفصل ميتًا بجناية جان، لم تبطل الوصية، وتكون الغرة للموصى له؛ لأنها بدل منه[٣]، وكما لو بطلت الجمعة لخروج الوقت أو نقص العدد، فالأصح انقلابها ظهرًا، فبطلت إلى خصوص لا إلى عموم، وهو النافلة، وقيل: لا، وعليه وجهان:

أحدهما: تنقلب نفلاً.

والثانى: تبطل رأسًا[٤]، وكما لو أحرم بالحج فى غير أشهره لا يحصل، وينعقد عمرة[٥].

وقد يبطل العموم وينتقل لخصوص آخر. كما لو منعنا القاضى الحكم بالحلف فتحاكما إليه بطل حكمه، فإن تراضيا به التحق بالمحكم، كذا قاله الرافعى[٦]، وقال صاحب الذخائر: هذا إذا علما فساد توليته، فإن جهلاه فقد بنينا الأمر على أن حكمه يلزم بغير تراضيهما، فلا يلتحق بالمحكم، وهذا أشبه.

* * *

---

(١) جاء فى الروضة: ولو اشترى الفضولى لغيره، نظر إن اشترى بعين مال الغير، ففيه القولان، وإن اشترى فى الذمة نظر إن أطلق أو نوى كونه للغير، فعلى الجديد يقع للمباشر، وعلى القديم يقف على الإجازة، فإن رد نفذ فى حق الفضولى. انظر: روضة الطالبين (٣/٣٥٥).

(٢) لأن الظاهر أنه يقصد الثواب، وهو مما تصح الوصية به. انظر: مغنى المحتاج (٣/٤٦).

(٣) قال الرافعى: فلو انفصل ميتًا مضمونًا بجناية لم تبطل، وتنفذ من الضمان؛ لأنه انفصل مقومًا بخلاف ما إذا أوصى بحمل وانفصل ميتًا بجناية، فإنها تبطل كما سبق؛ لأن المعتبر هناك المالكية. انظر: روضة الطالبين (٦/١١٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٢٢٨).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٣٧).

(٦) قال الرافعى: حيث منعنا الاستخلاف فاستخلف، فحكم الخليفة باطل، لكن لو تراضى خصمان بحكمه، كان كالمحكم، وليس للقاضى إنفاذ حكمه، بل يستأنف الحكم بينهما، وإذا جوزنا الاستخلاف فاستخلف من لا يصلح للقضاء، فحكمه باطل أيضًا، ولا يجوز إنفاذه. انظر: روضة الطالبين (١١/١٢٠).

إذا تعلق الحق بعين فأتلفت

فهل يعود الحق إلى البدل المأخوذ من غير تجديد عقد

فيه خلاف فى صور:

منها: لو أتلف المرهون وأخذت قيمته صارت رهنًا بمجرد الأخذ، كما هو ظاهر كلام الأصحاب(١).

ومنها: الوقف إذا أتلف وأخذت قيمته فاشترى بها بدله، ففى صيرورته وقفًا بدون إنشاء وجهان، أصحهما لابد من الإنشاء، والفرق بينه وبين الأول أن المأخوذ من متلف الوقف لا يصح وقفه كالنقود، بخلاف بدل الرهن، فإنه يصح رهنه(٢).

ومنها: الأضحية المعينة إذا أتلفت، يشترى الناذر بقيمتها مثلها، وتصير أضحية بنفس الشراء، وكأنهم اكتفوا هنا بنيته، إذ إقدامه على الشراء متضمن لجعله أضحية(٣).

* * *

إذا ضاق الأمر اتسع

هذه من عبارات الإمام الشافعى، رضى الله عنه، الرشيقة وقد أجاب بها فى ثلاثة مواضع:

أحدها: فيما إذا فقدت المرأة وليها فى سفر، فولت أمرها رجلاً يجوز. قال يونس: فقلت له: كيف هذا؟ قال: إذا ضاق الأمر اتسع(٤).

الثانى: فى أوانى الخزف المعمولة بالسرجين، أيجوز الوضوء منها؟ فقال: إذا ضاق الأمر اتسع، حكاه فى البحر فى باب الصلاة بالنجاسة، ويؤخذ من هذه العبارة إن من وجد غيرها من الأوانى الطاهرة، لا يجوز له استعمالها، ومن لم يجد غيرها جاز له

---

(١) قال الخطيب الشربينى: لقيامه رهنًا مقامه، ويجعل فى يده من كان الأصل فى يده، ولا يحتاج إلى إنشاء رهن بخلاف بدل الموقوف إذا تلف، فإن الأصح أنه لابد من إنشاء الوقف فيه. والفرق أن القيمة يصح أن تكون رهنًا، ولا يصح أن تكون وقفًا. انظر: مغنى المحتاج (١٣٨/٢).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (١٣٨/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢١٨/٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٨٣/١).

استعمالها للحاجة، كأوانى الذهب والفضة يجوز استعمالها عند الحاجة[١].

الثالث: حكى بعض شراح المختصر، أن الشافعى، رحمه الله، سُئل عن الذباب يجلس على غائط، ثم يقع على الثوب، فقال: إن كان فى طيرانه ما يجف فيه رجلاه، وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع. ووضح ابن أبى هريرة فى تعليقه هذه العبارة، فقال: وضعت الأشياء فى الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت، وإذا اتسعت ضاقت، ألا ترى أن قليل العمل فى الصلاة لما اضطر إليه سومح به، وكثرة العمل فيها لما لم تكن به حاجة لم يسامح به، وكذلك قليل دم البراغيث دون كثيره. وقد استعمل[٢] أبو زيد المروزى هذه العبارة، وكان يصلى النافلة فى خفه المخروز بشعر الخنزير، فراجعه القفال، فقال: إذا ضاق الأمر اتسع[٣].

قال الرافعى، رحمه الله: وأشار به إلى كثرة النوافل[٤]. وقال النووى، رحمه الله: بل إلى أن هذا القدر مما تعم به البلوى ويتعذر أو يشق الاحتراز عنه ويعفى عنه مطلقًا، وإنما لم يصل به الفرائض احتياطًا لها، وإلا فمقتضى قوله: العفو فيها، ولا فرق بين الفرض والنفل فى اجتناب النجاسة[٥].

ومن فروع هذه القاعدة لو عم ثوبه دم البراغيث عفى عنه عند الأكثرين، وطين الشارع المتيقن نجاسته يعفى عما يتعذر الاحتراز منه غالبًا[٦]، ولو عم الجراد طريق الحرم فنحاه وقتله، فلا فدية للضرورة[٧]، ولو بالت البقر على دريس الحبوب فى حال الدراسة، فالمنقول فى شرح المهذب العفو، وإن تحقق بولها عليه للمشقة[٨]، وسيأتى

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٣).

(٢) نقله السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/٨٣).

(٣) ذكره بنصه فى الروضة (٣/٢٩١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٩١).

(٥) ذكره النووى بنصه فى زوائد الروضة (٣/٢٩١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٢٨٠).

(٧) قال النووى: وإن افترش الجراد فى طريقه فقتله، ففيه قولان، أحدهما: يجب عليه الجزاء؛ لأنه قتله لمنفعة نفسه، فأشبه إذا قتله للمجاعة. والثانى: لا يجب؛ لأن الجراد ألجأه إلى قتله، فأشبه إذا صال عليه الصيد فقتله للدفع. انظر: المجموع شرح المهذب (٧/٣٣٥).

(٨) قال الإمام النووى: وفى كلام الأستاذ أبى منصور البغدادى فى شرحه للمفتاح إشارة إلى إنه وإن تعين ما سقط الروث عليه فى حال الدراس فمعفو عنه؛ لتعذر الاحتراز عنه. انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢٠٨).

كثير منها فى حرف الميم فى قاعدة المشقة تجلب التيسير.

* * *

إذا اتسع الأمر ضاق

هذه العبارة صرح بها ابن أبى هريرة كما سبق، وذكر الغزالى، رحمه الله، فى الإحياء ما يجمعها والتى قبلها، فقال: كل ما جاوز حده انعكس إلى ضده[(١)].

* * *

إذا اجتمع فى العبادة جانب الحضر والسفر غلبنا جانب الحضر؛ لأنه الأصل

فلو مسح حضرًا ثم سافر أو عكس أتم مسح مقيم[(٢)]، ولو بلغت سفينته دار إقامته وهو فى الصلاة، امتنع الإتمام[(٣)]، ولو أصبح صائمًا مقيمًا ثم سافر لم يجز له الفطر ذلك اليوم، وكذا لو أصبح صائمًا فى السفر ثم صار مقيمًا، تغليبًا لحكم الحضر كالصلاة[(٤)]، وخالف المزنى، رحمه الله، ولو ابتدأ النافلة على الأرض ثم أراد السفر فأراد أن لا يستقبل بها القبلة امتنع، وعليه الاستقبال، بلا خلاف، قاله النووى فى شرح المهذب[(٥)]، ولو اقتدى بمقيم لحظه لزمه الإتمام[(٦)]، ولو نسى صلاة سفر فذكرها فى الحضر أو بالعكس حكم لها بحكم الحضر، فيمتنع القصر ولو تحرم بالصلاة فى الحضر، ثم سافر وجب إتمامها[(٧)].

وفيه سؤال:

وهو أنه إما أن يكون نوى القصر أو الإتمام، فإن نوى القصر لم تصح؛ لأنه مقيم،

---

(١) نقله الإمام السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/٨٣).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٩٥)، الاعتناء فى الفروق والاستثناء (١/٢٢٤).

(٤) قال الخطيب: لأنها عبارة اجتمع فيها الحضر والسفر، فغلب جانب الحضر؛ لأنه الأصل. انظر: مغنى المحتاج (١/٤٣٧).

(٥) قال النووى: ونقله الشيخ أبو حامد وغيره عن نص الشافعى، رحمه الله. انظر: المجموع شرح المهذب (٣/٢٣٩).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (١/٢٦٩).

(٧) انظر: المجموع شرح المهذب (٤/٣٦٨).

وإن نوى الإتمام، فلا يقال: يتم تغليبًا للحضر، بل لفقد نية القصر، وإن لم ينو شيئًا يتم؛ لأنه مقيم لم يسافر.

وأجيب بأنا نعلل وجوب الإتمام بعلتين، إحداهما: اجتماع الحضر والسفر، والأخرى: فقد نية القصر، ويجوز تعليل الحكم بعلتين، وخرجوا عن هذا الأصل فى مسألتين:

إحداهما: لو شرع المسافر فى صلاته بالتيمم، ثم نوى الإقامة من غير وجدان الماء، مضى فى صلاته؛ لأن نية الإقامة ليست بأكثر من وجود الماء، وكذا لو اتصلت السفينة بدار الإقامة فى أثناء الصلاة بالتيمم لا تبطل صلاته، ولا تجب الإعادة فى الأصح، وقيل: يعيد تغليبًا لحكم الإقامة، قاله فى التهذيب، وليست فى الشرح والروضة.

الثانية: لو مسح إحدى رجليه فى الحضر، ثم سافر ومسح على الأخرى فى السفر، فإنه يتم مسح مسافر؛ لأنه تم مسحه فى السفر على الأصح عند الرافعى تغليبًا للسفر، وخالفه النووى، وقال: يتم مسح مقيم طردًا للقاعدة[١].

* * *

إذا اجتمع الحلال والحرام، أو المبيح والمحرم غلب جانب الحرام

ومن ثم إذا تعارض دليل يقتضى التحريم وآخر يقتضى الإباحة، قدم الحظر فى الأصح تغليبًا للتحريم.

ومن هذا قال عثمان، رضى الله عنه، لما سُئل عن أختين بملك اليمين، فقال: أحلتهما آية وحرمتهما آية، والتحريم أحب إلينا. قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب؛ لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، وذلك أولى من عكسه[٢]. وحكى الماوردى فى كتاب الصيد إذا تعارض ما يوجب الحظر والإباحة ثلاثة أوجه:

---

(١) قال النووى: قلت: هذا الذى جزم به الإمام الرافعى، رحمه الله، فى مسألة المسح على أحد الخفين فى الحضر هو الذى ذكره القاضى حسين وصاحب التهذيب، لكن الصحيح المختار ما جزم به صاحب التتمة، واختاره الشاشى أنه يمسح مسح مقيم لتلبيسه بالعبادة فى الحضر، والله أعلم. انظر: روضة الطالبين (١/١٣٢).

(٢) نقله السيوطى فى الأشباه والنظائر بنصه (١/١٠٥).

أحدها: أنهما سواء ويعتبر ترجيح أحدهما بدليل آخر.

والثاني: يغلب الحظر، وهو قول الأكثرين، لكن يكون هذا فيما إذا امتزج فيه حظر وإباحة، فأما ما لا مزج فيه، فلا يوجب تغليب الحظر كالأوانى إذا كان بعضها نجسًا لم يمتنع من الاجتهاد.

وتفصيل هذه القاعدة أن الحرام إما أن يستهلك أو لا.

فالأول: لا أثر له غالبًا، وهذا كالطيب يحرم على المحرم، ولو أكل شيئًا فيه طيب قد استهلك لم تجب الفدية(١).

والمائعات يمتنع استعمالها فى الطهارة، وإذا خالطت الماء واستهلكت سقط حكمها، وكذلك لبن المرأة يشربه الرضيع لا يحرم، فإذا مزجت قطرة خمر بماء كثير حتى ذهبت نشوتها وشربت لم يحد؛ لاستهلاكها(٢)، لكن يحرم تناول شيء من الماء من جهة النجاسة لا من جهة الإسكار. قال الأصحاب: يمتنع القراض على المغشوش. قال الجرجانى، رحمه الله: هذا إن كان ظاهرًا فإن كان مستهلكًا جاز(٣).

ولو اختلطت محرم بنسوة قرية كبيرة، جاز له الإقدام عملاً بالأصل مع كون الحرام منغمرًا. قال الإمام: وهذا إذا عم الالتباس أو لم يمكنه الانتقال إلى جماعة ليس فيهن محرم له، فإن أمكن ذلك بلا مشقة، فيحتمل أن يقال: لا ينكح اللواتى يرتاب فيهن، والظاهر أنه لا حجر(٤).

قلت: ويؤيد احتماله الوجه المحكى فى الأوانى، إذا قدر على طاهر بيقين ثم مراده بهذا الطاهر بالنسبة إلى الجزم بالتحريم، وأما الورع فلا شك فيه.

لكن ذكر الخطابى فى الأعلام أن تركه ليس من الورع، بل وسواس.

ويستثنى من هذا القسم ما لو وقعت قطرة نجاسة غير معفو عنها بماء كثير دون قلتين ينجس الكل(٥)، وقد استشكل بأن القاعدة تغليب المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٨).

(٣) نقله السيوطى بنصه. انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٨).

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب (١/١١٢).

والجواب: أنه غلب درء المفسدة بالتضمخ بالنجاسة.

والثاني: أن لا يكون مستهلكًا، فإن أمكن التمييز وجب كما لو اختلط درهم حرام بدراهم حلال، فيحرم التصرف فيهما حتى يميزه، وإن لم يمكن فإن كان غير منحصر فعفو. قال الغزالى، رضى الله عنه، فى الإحياء: إذا اختلط فى البلد حرام لا ينحصر، لم يحرم الشراء منه، بل يجوز الأخذ منه، إلا أن يقترن بتلك العين علامة تدل على أنها من الحرام، فإن لم يقترن فليس بحرام، لكن تركه ورع محبوب، وإن كان محصورًا، فإن كان لا يتوصل إلى استعمال المباح إلا بالحرام غلب الحرام احتياطًا، كالجارية بين شريكين يحرم وطئها عليهما، والمشرك والمسلم يشتركان فى قتل الصيد، والمطلق إحدى نسائه وشك فى عينها، والنجاسة تقع فى المائعات وإن كثرت ولم تغيرها، والأخت من الرضاع تشتبه بالأجنبية، أو محرم بعدد من الأجنبيات محصورات، ولحم مذكى بميتة[١].

ولو اختلط حمام مملوك بحمام مباح محصور امتنع الصيد أو لا بمحصور جاز. ولو اختلط ما لا يحصر بما يحصر جاز الصيد فى الأصح[٢]. وإذا قلنا بالبطلان فى تفريق الصفقة، فالصحيح أن العلة فى الإفساد الجمع بين الحلال والحرام، فغلب الحرام، ولو مات الصيد من مبيح ومحرم مثل أن يموت بسهم وبندقة أصاباه، فهو حرام تغليبًا للتحريم[٣]. وفى فتاوى النووى، رحمه الله: إذا أخذ المكاس من إنسان دراهم فخلطها بدراهم المكس ثم رد عليه قدر دراهمه من ذلك المختلط لا يحل له إلا أن يقسم بينه وبين الذين أخذت منهم بالسوية، وقضيته أنه ينسد عليه باب التصرف[٤].

لكن فى فتاوى ابن الصلاح لو اختلط درهم حلال بدراهم حرام ولم يتميز فطريقه

---

(١) انظر: إحياء علوم الدين للإمام الغزالى (٢/١٠٣، ١٠٤).

(٢) قال الرافعى: أصحهما: يجوز، وإليه ميل الأصحاب، قلت: من أهم ما يجب معرفته ضبط العدد المحصور، فإنه يتكرر فى أبواب الفقه، وقل من يبينه. قال الغزالى فى الإحياء فى كتاب الحلال والحرام: تحديد هذا غير ممكن، وإنما يضبط بالتقريب، قال: فكل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد يعسر على الناظر عدهم بمجرد النظر، كالألف ونحوه، فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشيرين، فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن. وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب، والله أعلم. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٦٠)، الأشباه والنظائر (١/١٠٨).

(٣) قال فى الروضة: فكل هذا حرام. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٤٤).

(٤) نقله فى الأشباه بنصه. انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٩).

أن يعزل قدر الحرام منها بنية القسم ويتصرف فى الباقى، والذى عزله إن علم صاحبه سلمه إليه، وإلا تصدق به عنه، وذكر مثله النووى، قال: واتفق أصحابنا ونصوص الشافعى على مثله فيما إذا غصب حنطة أو زيتًا وخلطه بمثله قالوا: يدفع إليه من المختلط قدر حقه، ويخلى الباقى للغاصب.

وأما ما يقوله العوام: إن اختلاط ماله بغيره يحرمه فباطل لا أصل له(١). وحكى فى الإحياء أربعة مذاهب فى المال المشترك، قال: ولو دفع إلى الفقير المال بكماله لم يحل له أخذه، وسكت عما يحل له منه، ولو علفت شاة بعلف مغصوب، فنقل النووى فى البيع من شرح المهذب عن الغزالى: لو اعتلفت الشاة علفا حرامًا أو رعت فى حشيش حرام لم يحرم لبنها ولحمها، ولكن تركه ورع(٢).

قلت: وفى فتاوى البغوى إن كان العلف قدرًا لو كان شيئًا نجسًا يظهر تغير اللحم، حرم وإلا فلا يحرم ولا يخلو عن الشبهة، ويحتمل أن يقال: يحل بكل حال؛ لأن أصل مال الغير حلال، وإنما حرم لكونه حق الغير بخلاف لبن الكلبة إذا ربيت به سخلة وظهر التغير، فإن أصله حرام، قال: وهذا أشبه.

وفى فتاوى القاضى حسين، رحمه الله: مسلم ومجوسى أمرا السكين على عنق شاة الغير، وذكياه فلا خلاف أن اللحم حرام، وهل الضمان عليهما بالسوية أو على المجوسى فقط؛ لأنه الذى أفسده وعلى المسلم نصف إرش النقصان بين كونها حية ومذبوحة احتمالان، أوجههما ثانيهما، ولو كان بعض الشجرة فى الحل وبعضها فى الحرم حرم عليه قطعها تغليبًا للتحريم، نقله فى الروضة(٣) عن البحر، ولو قتل صيدًا بعضه فى الحل وبعضه فى الحرم، فالأصح أن العبرة بالقوائم، فإن كان بعضها ولو واحدة فى الحرم حرم، وإلا فلا.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٧).

(٢) لأن اللحم واللبن ليس هو عين العلف. انظر: المجموع شرح المهذب (٩/٣٤٣).

(٣) قال الرافعى: لو كان أصل الشجرة فى الحرم وأغصانها فى الحل فقطع من أعضائها شيئًا، وجب الضمان للغصن ولو كان عليه صيد فأخذه فلا ضمان، وعكسه لو كان أصلها فى الحل وأغصانها فى الحرم فقطع غصنًا منها فلا شىء عليه، ولو كان عليه صيد فأخذه لزمه ضمان.
قال النووى: قلت: قال صاحب البحر: لو كان بعض أصل الشجرة فى الحل وبعضه فى الحرم فلجميعها حكم الحرم. قال بعض أصحابنا: لو انتشرت أغصان الشجرة الحرمية ومنعت الناس الطريق أو آذتهم جاز قطع المؤذى منها، والله أعلم. انظر: روضة الطالبين (٣/١٦٦).

فلو كان نائمًا لم يتعرض له الرافعى[١]، وقال صاحب الاستقصاء: العبرة بمستقره، ولو اختلط بالماء مائع يوافقه فى الصفات، فالصحيح أنه يقدر بغيره، فإن كان على تقدير المخالفة يؤثر، فهو سالب وإلا فلا. وقيل: تعتبر الغلبة، وصححه فى البيان وغيره[٢].

وعلى هذا فلو استويا، قال فى الاستقصاء: احتمل وجهين كالوجهين فى الثوب الحرير والصوف، وجزم المتولى والرافعى بأنه يسلب أخذًا بالأحوط[٣]، وعلى هذا فالفرق بينه وبين الحرير أن المدار فيما لا يؤثر على أن يستهلكه الماء، وعند التساوى لا استهلاك والمدار هناك على لبس الحرير، فلابد أن يكون غالبًا، وعند التسوى لو يوجد كذلك.

ويستثنى من هذا القسم الاجتهاد فى الأوانى والثياب وتساوى الثوب الحرير والقطن يحل على الأصح[٤]، ومس التفسير المساوى للقرآن فى جواز مسه للمحدث[٥]، والمخلوقة من زناه يحل له نكاحها مع أنه قد اجتمع فيها مبيح وهو انتفاء أحكام النسب، وحاظر وهو كونها جزءًا منه، فغلبوا المبيح[٦]، ومعاملة من أكثر ما له حرام إذا لم يعرف عينه لكن يكره[٧].

وقال الشيخ أبو حامد: يحرم، واختاره فى الإحياء، ولو رأى مسلمًا يتصرف تصرفات فاسدة وله عليه دين، فهل له أخذ دينه من تلك الأثمان؟ ينظر إن كان تصرفه مما ينقض فيه قضاء القاضى لم يحل له الأخذ، وإن كان المتصرف يعتقد الحل. وإن كان مما لا ينقض، فإن قلنا: كل مجتهد مصيب حل.

وإن قلنا: المصيب واحد، فإن اتصل ذلك التصرف بحكم حاكم حل على خلاف فيه مثاره أن حكم الحاكم هل يفيد الحل باطنًا أو لا.

(١) انظر: روضة الطالبين (١٦٣/٣).
(٢) قال النووى: وصححه صاحب البيان وبعض العراقيين، وقطع به الماوردى وأبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم المحاملى. انظر: المجموع شرح المهذب (٩٩/١).
(٣) لأنه تعذر اعتبار الأوصاف فيعدل إلى اعتبار الأجزاء ويجعل الحكم، فإذا استويا أخذنا بالاحتياط. انظر: الشرح الكبير بهامش شرح المهذب (١٥١/١).
(٤) قال العلامة السيوطى: هذا بخلاف ما إذا زاد وزنا. انظر: الأشباه والنظائر (١٠٧/١).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٧/١).
(٦) انظر: روضة الطالبين (١٠٩/٧)، مغنى المحتاج (١٧٥/٣).
(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٧/١).

تنبيه: قول الأصوليين: إذا اختلط الحلال بالحرام وجب اجتناب الحلال موضعه في الحلال المباح، أما إذا اختلط الواجب بالمحرم، روعي مصلحة الواجب، وله أمثلة:

أحدها: اختلاط موتى المسلمين بالكفار، يجب غسل الجميع والصلاة عليهم، ويميز بالنية، واحتج له[١] البيهقي، رحمه الله، بأن النبي ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط من المشركين والمسلمين فسلم عليهم[٢].

الثانية: اختلاط الشهداء بغيرهم، يجب غسل الجميع والصلاة عليهم، وإن كان الغسل والصلاة على الكفار والشهداء حرامًا[٣].

الثالثة: المرأة يحرم عليها ستر وجهها في الإحرام، ولا يمكن ألا بكشف شيء من الرأس وستر الرأس واجب في الصلاة، فإذا صلت راعت مصلحة الواجب[٤].

الرابعة: المضطر يجب عليه أكل الميتة وإن كانت حرامًا[٥].

الخامسة: الهجرة على المرأة من بلاد الكفار واجبة، وإن كان سفرها وحدها حرامًا[٦].

* * *

إذا اجتمع السبب والمباشرة أو الغرور والمباشرة قدمت المباشرة

كما لو قدم الغاصب المغصوب ضيافة للمالك، فأكله برئ الغاصب[٧]، وكما لو فتح

(١) إذ لا يتم الواجب إلا بذلك. انظر: مغني المحتاج (١/٣٦٠).

(٢) أخرجه البخاري في التفسير (٨/٧٨، ٧٩) ح (٤٥٦٦)، ومسلم في الجهاد (٣/١٤٢٢، ١٤٢٣) ح (١١٦/١٧٩٨)، والإمام أحمد في مسنده (٥/٢٤١) ح (٢١٨٢٥).

(٣) انظر: مغني المحتاج (١/٣٦٠).

(٤) قال الخطيب: وعلى الحرة أن تستر منه ما لا يتأتى ستر جميع رأسها إلا به احتياطًا للرأس، إذ لا يمكن استيعاب ستره إلا بستر قدر يسير مما يليه من الوجه، والمحافظة على ستره بكماله لكونه عورة أولى من المحافظة على كشف ذلك القدر من الوجه. انظر: مغني المحتاج (١/٥١٩).

(٥) قال في الروضة: والأصح وجوب أكلها عليه. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٢).

(٦) جاء في الروضة: يلزمها الخروج إذا أسلمت في دار الحرب إلى دار الإسلام وحدها. انظر: روضة الطالبين (٣/٩).

وقال الإسنوي: ولا شك أن لها الهجرة من بلاد الكفر وحدها. ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر (٢/٤١٩).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٦٢).

قفصًا عن طائر فوقف بعد الفتح وطار لا يضمنه فى الجديد؛ لأنه وجد من الفاتح سبب، ومن الطائر مباشرة واختيار، فأحيل على المباشرة[(١)]، ولو وكل فى القصاص ثم عفا واقتص الوكيل جاهلاً، فلا قصاص عليه وتجب الدية، وإذا غرمها لم يرجع بها على العافى فى الأصح[(٢)]؛ لأنه محسن بالعفو والمباشرة مقدمة على السبب، ولو نفر صيدًا حرميًا حتى خرج إلى الحل وقتله محرم، فالجزاء على القاتل؛ لأنه مباشر.

بخلاف ما لو قتله حلال، فإنه يكون على المنفر الضمان؛ لأنه مات بسبب التنفير وإحالته عليه أولى من إهداره[(٣)]. ولو دل المحرم على صيد فقتله غيره لم يضمنه. ولو دل المودع على الوديعة سارقًا فأخذها لا يكون قرار الضمان عليه؛ لأن الدلالة سبب والأخذ مباشرة[(٤)]. ولو غر بامرأة فظهرت معيبة أو رقيقة انفسخ نكاحها، وغرم المهر ولا يرجع على من غره فى الجديد[(٥)].

والخلاف فيما إذا سبق عقد صحيح، فلو غصب أمة وزوجها ووطئها الزوج غرم المهر للمالك، ولا يرجع على الغاصب قطعًا؛ لأن النكاح فى مسألتنا صحيح، وفسخ العقد يوجب استرداد الباذل ما بذل، وهاهنا العقد غير صحيح، وقد أتلف منفعة البضع، فيغرم ولا يرجع[(٦)]، ذكره فى التهذيب فى باب الغصب.

قال: ونظيره من الغرور لو غر بأمة وهو واجد لطول حرة أو غير خائف من العنت فوطئها جاهلاً، غرم المهر ولا يرجع على الغار. ولو غصب طعامًا وقدمه لغيره ضيافة

---

(١) قال الخطيب: ضمنه بالإجماع كما قاله الماوردى؛ لأنه ألجأه إلى الفرار كإكراه الآدمى وإن اقتصر على الفتح فالأظهر أنه إذا طار فى الحال ضمن؛ لأن طيرانه يشعر بتشفيره، وإن وقف ثم طار فلا. انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٧٨).

(٢) وحكى الشيخ أبو محمد فى السلسلة قولاً مخرجًا أنه يجب القصاص وليس بشىء. انظر: روضة الطالبين (٩/٢٤٨).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٢٤).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٢٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/١٨٨).

(٦) قال الخطيب: فإن غرمه، أى المهر، للمالك لم يرجع به المشترى على الغاصب فى الأظهر؛ لأنه باشر الإتلاف والثانى يرجع إلى جهل الغصب؛ لأنه لم يدخل فى العقد على ضمانه، فيرجع به على البائع؛ لأنه غره بالبيع.

ثم قال الخطيب: وكل من أثبت يده على يد الغاصب فكالمشترى. انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٩٤، ٢٩٥).

فأكله جاهلاً غرم قيمته للمالك ولا يرجع على الغاصب فى الجديد[١]؛ لأنه هو المتلف والنفع عائد إليه فكان قرار الضمان عليه[٢].

نعم إن غرم الغاصب لم يرجع على الآكل على المذهب ولا نظير لهذه الصورة، أعنى الاستقرار على اثنين.

ويستثنى من هذه القاعدة صور:

منها: إذا استأجره لحمل طعام معين على دابة وسلمه زائدًا فحمله المؤجر جاهلاً بالحال، بأن قال له: عشرة، فكان أحد عشر فتلفت الدابة ضمنها على المذهب كما لو حمل بنفسه وإنما ضمن هذا الغار؛ لأن يد المباشر والحالة هذه كيد الغار؛ لأنه نائب عنه[٣]، واستشكل ابن الرفعة، رحمه الله، ترجيح الرافعى الضمان مع تصريحه بالبناء على قولى الغرور. قال: وهذا الترجيح ينافى التخريج وجوابه ما ذكرنا.

ومنها: إذا غصب شاة وأمر قصابًا بذبحها وهو جاهل بالحال، فقرار الضمان على الغاصب قطعًا، قاله فى الروضة[٤]، ولم يخرجوه على قولى الغرور والمباشرة[٥]، وكذلك لو أفتاه المفتى بإتلاف فأتلف ثم تبين خطؤه، فإن كان المفتى أهلاً للفتوى، فالضمان عليه وإلا فلا؛ لأن المستفتى مقصر[٦]، ولم يخرجوه على القولين، وللرافعى فيه بحث.

ومنها: وقف ضيعة على أهل العلم، فصرف إليهم غلتها، ثم خرجت مستحقة، فقرار الضمان على الواقف لتغريره[٧]، فإن عجز عنه، فكل من انتفع به غرم، فإن أجر الناظر وأخذ الأجرة وسلمها للعلماء، فرجوع مستحق الملك على المستأجر لا على الناظر ولا على العلماء، ورجوع المستأجر على من وصلت دراهمه إليه، قاله الغزالى فى فتاويه.

* * *

---

(١) والثانى لا يبرأ لجهل المالك به، أما إذا كان عالمًا بأنه له فإن الغاصب يبرأ قطعًا. انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٨٠).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٨٠).

(٣) ذكره فى الأشباه والنظائر (١/١٦٢).

(٤) انظر: الروضة (٥/١٠).

(٥) قال فى الروضة: ولا يخرج على القولين فى آكل الطعام؛ لأنه ذبح للغاصب، وهناك انتفع بأكله. انظر: روضة الطالبين (٥/١١).

(٦) ذكره السيوطى فى الأشباه قولاً واحدًا. انظر: الأشباه والنظائر (١/١٦٢).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٦٢).

إذا اجتمع الممسك والقاتل

هو ضربان:

الأول: ما يلغو معه، فعل الممسك وذلك في بابين:

أحدهما: القصاص إذا أمسك شخصًا فقتله آخر، فالقصاص على القاتل تقديمًا للمباشرة على السبب[(١)].

ثانيهما: الإحرام إذا أمسك محرم صيدًا فقتله محرم آخر، فالأصح أن الجزاء كله على القاتل؛ لأنه المباشر[(٢)]. وقيل: عليهما نصفان؛ لأنهما من أهل ضمانه[(٣)]. وصحح النووى، رحمه الله، فى موضع آخر من شرح المهذب أنه يجب على القاتل والممسك طريق فى الضمان[(٤)]. وفرق القاضى أبو الطيب بينهما فى باب الغصب بأن مسألة المحرم ضمان يد وليس بضمان إتلاف، فأما فى ضمان الإتلاف فإن الحكم يتعلق بالمباشر دون المتسبب، ولا يرد الإكراه فى القتل؛ لأنه سبب ملجىء.

الثاني: ما لا يلغو كما إذا أمسك الكافر فى الحرب واحد وقتله آخر، فإن السلب بينهما لاندفاع شره بهما، حكاه الرافعى، رحمه الله، عن أبى الفرج، قال: وكأن هذا فيما إذا منعه من الهرب ولم يضبطه. فأما الإمساك الضابط، فإنه أسير، وقتل الأسير يستحق به السلب وينبغى أن يقال: أن هذا فيما إذا لم يتمكن الممسك من قتله، أما إذا ضبطه وتمكن من قتله فبادر شخص وقتله، فلا يشاركه؛ لأنه لم يخاطر بنفسه فى قتله[(٥)].

---

(١) قال العلامة السيوطى: ولو حفر بئرًا فرواه فيها آخر، أو أمسكه فقتله آخر، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر، فالقصاص على المردى، والقاتل والقاد فقط. انظر: الأشباه والنظائر (١٦٢/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٤٩/١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٤٩/١).

(٤) الذى حكاه الإمام النووى فى شرح المهذب ثلاثة أوجه، الوجهين السابقين والثالث.
قال النووى: قاله القاضى أبو الطيب وصححه أبو المكارم أنه يجب الضمان على كل واحد منها، فإن أخرجه الممسك رجع به على القاتل، وإن أخرجه القاتل لم يرجع به على الممسك كما لو غصب شيئًا فأتلفه آخر فى يده. وقال صاحب الشامل: هذا الوجه أقيس عندى؛ لأن ما ذكره الأول ينتقض بمن غصب شيئًا وأتلفه غيره فى يده.
وما ذكره الثانى فاسد؛ لأن الضمان لا ينقسم على المباشرة والسبب الذى لا يلجىء فى شىء من الأصول، والله أعلم. انظر: المجموع شرح المهذب (٤٣٧/٧).

(٥) ذكره فى الروضة بنصه نقلاً عن أبى الفرج. انظر: روضة الطالبين (٣٧٣/٦).

ومنه لو أمسك المحرم صيدًا فقتله حلال، فإن الجزاء يجب على المحرم فى الأصح ولا يرجع به على الحلال؛ لأن الحلال غير ممنوع منه، ونازع[1] المحب الطبرى فى هذا التعليل، وقال: لا أسلم أنه غير ممنوع منه فى هذه الحالة، فإنه ما دام مضمونًا على المحرم، فليس لأحد أن يقرر الضمان عليه بإتلافه فى يده؛ لأنه إضرار به.

* * *

إذا علق الحكم بعدد أو ترتب على متعدد فهل يتعلق بالجميع أو بالآخر؟

ولك أن تقول: إذا تعقب شىء جملة مركبة من أجزاء، فهل المؤثر الجزء الأخير منها أو المجموع؟.

فيه للعلماء تردد.

ومثله الخلاف فى الحكم المترتب على اللفظ، هل هو يناط بآخر جزء منه أو بكله؟ ويظهر فى بادئ الرأى أنه لفظى؛ لأن الجزء الأخير متوقف الوجود على ما سبقه، فلما سبقه مدخل بهذا الاعتبار. والتحقيق أنه معنوى ويترتب عليه فوائد والمعزو لمذهبنا أن المؤثر المجموع.

ومقابله المعزو لأبى حنيفة، رحمه الله.

والخلاف بينهما مأخوذ من مسألة السُكر بالقدح العاشر، فحكم الشافعى، رضى الله عنه، بأن السكر لا يحصل بالقدح الأخير وحده، بل به وبما قبله، ومن ثَمّ قال: حكم ما قبله فى التحريم وإيجاب الحد حكمه. وحكم أبو حنيفة، رحمه الله، بحصوله بالأخير

(١) قال الإمام النووى: وهل يرجع به على الحلال؟ فيه وجهان، أحدهما: يرجع به، وقطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والبغوى؛ لأنه القاتل أدخل المحرم فى الضمان، فرجع عليه كما لو غصب مالاً فأتلفه إنسان فى يده، فإن الغاصب يرجع على المتلف.
وأصحهما لا يرجع، وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه، وأبو على البندنيجى فى كتابه الجامع، وصححه صاحب الشامل وغيره؛ لأنه أتلف صيدًا يجوز له إتلافه، فإنه غير ممنوع منه لا لحق الله تعالى ولا لحق آدمى، فإن الممسك لا يملكه، وإذا جاز له إتلافه لم يجب عليه ضمانه بخلاف مسألة الغصب، فإن المتلف للمغصوب متعد فضمن، والله أعلم. انظر: المجموع شرح المهذب (٤٣٧/٧).

ولهذا لم يوجب الحد على شارب النبيذ إذا لم يسكر[١]، والحاصل أن المفسدة إنما تتحقق عند انضمامه إلى غيره.

وهذه القاعدة أشار إليها الرافعي في كتاب الخلع وغيره، ولها فروع:

الأول: لو قال: أنت طالق ثلاثًا بألف، وهو لا يملك عليها إلا واحدة، فالنص أنه إذا طلقها يستحق الألف[٢]؛ لأن البينونة والتحريم الذي يتوقف على المحلل إنما يحصل بالثالثة[٣]، ولهذا قال في الحاوي الصغير: إذا أفاد الكبرى استحق فأفاد الحكم متضمنًا التعليل، وخالف المزني في ذلك وقال: ليس له إلا ثلث الألف، واحتج له بفقء عين الأعور، فإن الشافعي رحمه الله لا يوجب عليه إلا نصف الدية[٤]، ولم ينظر إلى ذهاب ضوئه كله، وكذلك من شرب تسعة أقداح من النبيذ ولم يسكر ثم شرب العاشر فسكر، فإنه إنما حصل السكر بانضمام العاشر.

وللشافعي أن يفرق بأن البينونة وإن تأثرت بما سبقها من الطلاق وشارك في ذلك القدح العاشر وعين الأعور، لكن جهة التأثير مختلفة، فإن تأثير الثالثة تأثير شرط في مشروط، والشرط لا يجامع المشروط في ترتب الحكم، لكن غايته أن البينونة منحطة عن الثالثة مع لحاظ التقدم، بخلاف القدح العاشر وعين الأعور؛ لأن السكر نشأ عن المجموع.

---

(١) قال صاحب الهداية: والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما لاقاه بالإجماع أخذًا بالاحتياط، والشافعي رحمه الله، يعتبر ظهور أثره في مشيئته وحركاته وأطرافه، وهذا مما يتفاوت، فلا معنى لاعتباره. انظر: الهداية للمرغيناني الحنفي (٢/٤٠٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٤١٨).

(٣) جاء في الروضة: وللأصحاب أوجه، أصحها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب، وأكثرهم وجوب جميع الألف كما نص عليه، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلقة أم ظنت بقاء الثلاث.

والثاني: لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين، وهو قول المزني وابن خيران. والثالث: إن علمت استحق الألف وإلا فثلثه، قاله ابن سريج وأبو إسحاق.

والرابع: يستحق مهر المثل، قاله صاحب التلخيص. والخامس: لا يستحق شيئًا؛ لأنه لم يطلق كما سألت، حكاهما الحناطي. انظر: روضة الطالبين (٧/٤١٨).

(٤) قال النووي في المنهاج: وفي كل عين نصف دية، ولو عين أحول وأعمش وأعور. انظر: المنهاج بهامش مغني المحتاج (٤/٦١).

ومنهم من فرق بأن العقل يستر على التدريج، فكل قدح يزيل شيئًا من التمييز وزوال البصر، كما أثر فيه القوء أثر فيه ما قبله، والحرمة الموصوفة بالكبرى لا يثبت منها شيء بالطلقتين الأوليين. قال الرافعى: وقد يقال: المراد من الحرمة الكبرى توقف الحل على أن تنكح زوجًا غيره[1]، وهذه خصلة واحدة لا تتبعض حتى يباشر بعضها بالطلقة الثالثة وبعضها بما قبلها. قيل: وهذا البحث محل نظر، ويحتمل أن يقال: بكل طلقة يتشعب النكاح وينقص حق الزوج وبالثالثة يبطل حقه بالكلية.

الثانى: لو أرضعت أم الزوج الصغيرة أربع رضعات، ثم ارتضعت الصغيرة منها وهى نائمة المرة الخامسة، فهل يحال التحريم على الرضعة الأخيرة ويكون الحكم كما لو ارتضعت الخمس وصاحبة اللبن نائمة، فلا يجب عليها غرم يسقط مهر الصغيرة، أو يحال على الجميع فيسقط من نصف المسمى خمسه، ويجب على الزوج أربعة أخماسه؟ وجهان أصحهما الأول[2]، ويشهد له نص الشافعى، رحمه الله، فى التى قبلها.

الثالث: لو أوجرها ثلاثة أنفس من لبن أم الزوج واحد مرة وآخران كل واحد مرتين، فهل يوزع الغرم أثلاثًا لاشتراكهم فى إفساد النكاح، أو على الرضعات؟ صحح فى الروضة الثانى[3]، والصواب بمقتضى ما سبق من النص فى الخلع ترجيح الأول، وإن الغرم على من أرضع الخامسة، فليتأمل.

الرابع: إذا طلق زوجته على التلاحق، هل يتعلق التحريم بالطلقة وحدها أو بالطلاق الثلاث؟ وجهان ويظهر أثرهما فى الشهود إذا شهدوا بالطلقة الثالثة، فهل يكون الغرم بجملته عليهم أو ثلثه فقط؟ فإن قلنا بالأول كانت جملة الغرم عليهم، وإلا فثلثه، ولو طلق زوجته طلقتين ثم قال لها: أنت طالق ثلاثًا، فهل نقول: وقعت واحدة أو قعت الثلاث.

قال الشيخ برهان الدين الفزارى: سُئلت عن هذه المسألة، فأفتيت بوقوع الطلاق

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/١٢٤).

(٢) قال فى الروضة: قال المتولى: فى نظيره لأصحابنا وجهان، وهو إذا طلقها ثلاثًا متعاقبات، هل يتعلق التحريم بالثالثة وحدها أم بالثلاث، إن علقنا بالثالثة يحال التحريم على الرضعة الأخيرة، وتكون كما لو ارتضعت الخمس وصاحبة اللبن نائمة، ولا غرم على الكبيرة، ويسقط مهر الصغيرة، وإن علقنا بالثلاث تعلق التحريم هنا بالرضعات، وعلى هذا فقياس التوزيع على الرضعات أن يسقط من نصف المهر خمسه، ويجب على الزوج أربعة أخماسه ويرجع على المرضعة بأربعة أخماس مهر المثل تفريعًا على الأظهر. انظر: روضة الطالبين (٩/٢٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٢).

الثلاث على معنى أن هيئة الثلاث وقعت الآن، ويشهد له قوله تعالى: ﴿**اليوم أكملت لكم دينكم**﴾ [المائدة: ٣]، أى أكملت لكم الأحكام لا القرآن، فإنه نزل بعد ذلك منه آيات غير متعلقة بالأحكام، وفى الحديث: «إن الشيطان يعقد على قافية رأس أحدكم ثلاثًا»، إلى أن قال: «فإذا صلى انحلت عقده كلها»، وقد كان قبل ذلك انحل عقدتان.

الخامس: العتق فى الكتابة، هل ينسب إلى النجم الأخير حتى لا يثبت برجل وامرأتين ويثبت بهما ما قبله أو إلى المجموع فيه وجهان.

السادس: لو جعل الجعل فى مقابلة رد عبديه فرد أحدهما استحق نصف المسمى(١)، صرح به ابن الصباغ، وكذا قاله الإمام فى كتاب الخلع، فيما إذا جعل له جعلاً فى مقابلة ثلاثة فرد واحدًا إنه يستحق حصته ولم يتعرض لقدرته على رد الثانى أم لا، فإنه جعل ذلك أصلاً لاستحقاق الحصة فيما إذا قالت: طلقنى ثلاثًا على ألف فطلق واحدة. ولو كان شرط استحقاق الحصة العجز عن رد الثانى لم يجز ذلك كمسألة الطلاق.

السابع: السبع فى غسلات الكلب، هل يقال: يحصر التطهير بالمجموع أو بالسابعة يمكن تخريج الخلاف فيه من هذا الأصل، ومن فوائده ما لو تطاير شىء فى أثناء الغسلات، وفيه خلاف(٢).

الثامن: من سرق زائدًا على النصاب كألف درهم فقطع، كان عما يتعلق بالنصاب ويبقى الزائد إلى تمام الألف لا مقابل له ولا تكفير، قاله الشيخ عز الدين فى القواعد. ولكن قال الرافعى فى باب الزكاة فى الكلام على الوقص: إن القطع يتعلق بالكل ونظيره الخلاف فى الأوقاص، وهى ما بين النصابين كما بين الخمس والعشر من الإبل، هل يتعلق الواجب بها مع النصب، أو هى عفو والزكاة تتعلق بالنصب؟ قولان أظهرهما الثانى.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٧١).

(٢) قال الإمام النووى: فإذا انفصلت غسالة ولوغ الكلب متغيرة بالنجاسة فهى نجسة قطعًا، وإن انفصلت غير متغيرة فثلاثة أوجه أو أقوال كما سبق، أحدها: أنها طاهرة، والثانى: نجسة، والثالث، وهو الأصح: إن كانت غير الأخيرة فنجسة، وإن كانت الأخيرة فطاهرة تبعًا للمحل المنفصل عنه، فإن قلنا بهذا، فجمعت السابعة إلى الست ولم تبلغ قلتين فوجهان، أحدهما: الجميع طاهر؛ لأن الإناء محكوم بطهارته الآن، والثانى، وهو الصحيح: أن الجميع نجس، ولو أصاب شىء من ماء غسله ثوبًا، فإن قلنا: أنها طاهرة، فالثوب طاهر ولا يشترط، أما إن قلنا: نجسة، تنجس الثوب. انظر: المجموع شرح المهذب (٢/٥٨٥).

قلت: ويجىء مثله فى الموضحة يجب فيها خمس من الإبل، وإن استوعبت أكثر الرأس قطعًا[(١)]، وبه صرح الشيخ أبو محمد فى الفروق.

التاسع: المهر يقابل بجميع الوطئات أو بالوطئة الأولى وجهان، وضعف الأول، فإن الصداق كالثمن، فلا يقابله مجهول وجميع الوطئات مجهولة[(٢)].

العاشر: لو رمى إلى صيد فلم يزمنه ورمى إليه آخر فأزمنه، فلمن يكون الصيد؟ فيه وجهان، أحدهما: للثانى إذ الزمانة تعقب رميه. والثانى: هو بينهما؛ لأنها حصلت بفعلهما[(٣)]، وخرج عليهما القاضى ما لو وضع فى السفينة زيادة مغرقة فغرقت، ففى قدر الضمان خلاف، والأصح القسط.

أما لو علق بعدد فزيد عليه من جنسه، فإن لم يمنع الزيادة ثبت بالكل إذ لا يمكن إسناده لمعين لعدم الترجيح، كما لو شهد أربعة بالحق، ولهذا لو رجعوا كلهم وزع الغرم على جميعهم سواء شهدوا جميعًا أو مرتبًا[(٤)]، وإن منع من الزيادة كالثلاث فى الطهارة فإنه تكره الزيادة عليها، وقيل: يحرم[(٥)]، فالزائد لا أثر له إلا إذا تعلق بإتلاف، كما لو ضرب فى الخمر إحدى وأربعين فمات، فهل يجب كل الضمان أو نصفه أو جزء من إحدى وأربعين جزءًا؟ فيه أقول أظهرها الثالث[(٦)].

وكذا لو جلد فى القذف إحدى وثمانين، فهل يجب نصف الدية أو جزء من إحدى وثمانين؟ فيه قولان[(٧)]. ومثله لو اكترى اثنان دابة فارتدفهما ثالث بغير إذنهما فهلكت،

---

(١) قال فى الروضة: سواء كانت على الهامة والناصية أو القذال، وهو جماع مؤخر الرأس أو الخشاء، وهى العظم الذى خلف الأذن أو منحدر القمحدوة إلى الترقية، وهى ما خلف الرأس. انظر: روضة الطالبين (٩/٢٦٣).

(٢) قال الرافعى: قاطعًا يقول واحد: ويستقر المهر بوطأة واحدة. انظر: روضة الطالبين (٧/٢٦٣).

(٣) حكاهما الرافعى، وقال: رجح الثانى الإمام والغزالى. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٦٧).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤/٤٥٩).

(٥) قال الإمام النووى فى زوائد الروضة: قلت: تكره الزيادة على ثلاث، وقيل: تحرم، وقيل: هى خلاف الأولى، والصحيح الأول، وإنما تجب الغسلة مرة إذا استوعبت العضو، والله أعلم. انظر: روضة الطالبين (١/٥٩).

(٦) جاء فى الروضة: وإن ضربه أحدًا وأربعين، فهل يجب الضمان أم نصفه أم جزء من أحد وأربعين جزءًا؟ فيه أقوال، أظهرها الثالث. انظر: روضة الطالبين (١٠/١٧٨).

(٧) ذكره بنصه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (١٠/١٧٨).

فهل يجب على المرتدف النصف أو الثلث أو القسط بحسب الوزن؟ أوجه[١].

* * *

إذا اختلف القابض والدافع فى الجهة

فالقول قول الدافع

ولهذا لو كان عليه دينان بأحدهما رهن، ثم دفع إلى المداين دراهم، وقال: اقبضتهما عن الدين الذى به الرهن، وأنكره القابض، فالقول قول الدافع، وسواء اختلفا فى نيته أو فى لفظه. قال الأئمة: والاعتبار فى أداء الدين بقصد المؤدى حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده، ونوى من عليه الدين برئت ذمته وصار المدفوع ملكًا للقابض[٢]، ولو دفع إلى زوجته دراهم، وقال: دفعتها عن الصداق، فقالت: بل هى هدية، فالقول قول الدافع، حكاه الرافعى فى كتاب الصلح عن الأصحاب.

وقال فى كتاب الصداق: لو اختلف الزوجان فى قبض مال، فقال: دفعته صداقًا، فقالت: بل هدية، فالقول قوله بيمينه، وإن اتفقا على أنه أتى بلفظ واختلفا هل قال: خذى هذا صدقة أم هدية؟ فالقول قوله بيمينه، وإن اتفقا على أنه لم يجر لفظ واختلفا فيما نوى، فالقول قول الدافع بيمينه، وقيل: بلا يمين، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره طعامًا أو غيره، فإذا حلف الزوج، فإن كان المقبوض من جنس الصداق وقع عنه، وإلا فإن رضيا ببيعه بالصداق، فذاك وإلا استرده وأدى الصداق، وإن كان تالفًا فله البدل عليها، وقد يقع فى التقاص[٣].

وقال فى النفقات: لو باع شيئًا فأجر دلالته عليه، فلو قال الدلال للمشترى: إن البائع لم يعطنى أجره، فأعطاه المشترى شيئًا، وكان كاذبًا فى إخباره لم يملكه؛ لأنه إنما أعطاه بناء على أن البائع لم يعطه، وقد ظهر خلافه، ومثله لو أظهر شخص الفقر والمسكنة وهو بخلافه، فدفع إليه الناس مالاً لم يملكه وحرم عليه أخذه.

وفيه قال النبى ﷺ، فى الفقير الذى مات من أهل الصفة وخلف دينارين: «كية من

---

(١) قال الإمام النووى فى زوائد الروضة: قلت: أصحها الثانى. قال الشيخ أبو حامد وغيره: لو سخر رجلاً مع بهيمته فتلفت البهيمة فى يد صاحبها، لم يضمنها المسخر؛ لأنها فى يد صاحبها، والله أعلم. انظر: روضة الطالبين (٥/٢٣٦).

(٢) ذكره الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج (٢/١٤٤).

(٣) ذكره الرافعى بنصه وتمامه. انظر: روضة الطالبين (٧/٣٣٠).

نار»[(١)]، ولو رأى إنسانًا دنس الثياب فأعطاه درهمًا ليغسل به ثوبه، فهل يتعين صرفه إلى غسله عملاً بنية المالك؟ حكى الرافعى فى باب الهبة، عن القفال إنه إن قاله على سبيل التبسط المعتاد جاز له صرفه إلى غيره، وإلا تعين صرفه إليه[(٢)]، وحكى فى الشهادات فيه وجهين، كما لو أعطى الشاهد أجرة مركوبه فلم يركب، والصواب أن فى الكل المدار على القرينة، فإن دلت قرينة لفظية أو حالية على أن المالك لم يقصد إلا الصرف فى ذلك المعين لم يجز صرفه إلى غيره[(٣)]، ولو أذن فى أكل طعامه ثم ادعى عليه البدل، حكم له به؛ لأن الطعام قد يصير مباحًا بالاضطرار مع البدل، فالإباحة لا تفيد سقوط البدل عند دعواه[(٤)].

ويستثنى من هذه القاعدة صور:

منها: لو بعث إلى بيت من لا دين له عليه شيئًا، ثم قال: بعثته بعوض، وأنكر المبعوث إليه، فالقول قول المبعوث إليه، قاله الرافعى فى كتاب الصداق[(٥)].

ومنها: لو كان الرهن فى يد المرتهن، وقال: قبضته عن الرهن، وقال الراهن: بل قبضه إيداعًا أو عارية أو إجارة، فهل القول قول المرتهن لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، أو قول الراهن؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه؟ وجهان أصحهما الثانى وهو المنصوص[(٦)]. قال الرافعى: ويجرى هذا فيما إذا اختلف البائع والمشترى، وكان للبائع حق الحبس وصادفنا المبيع فى يد المشترى، فادعى البائع أنه أعاره أو

---

(١) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده (١٢٦/١) ح (٧٩١).

(٢) جاء فى الروضة: أعطاه درهمًا، وقال: ادخل به الحمام، أو دراهم وقال: اشتر بها لنفسك عمامة ونحو ذلك، ففى فتاوى القفال: أنه إن قال ذلك على سبيل التبسط المعتاد ملكه وتصرف فيه كيف شاء، وإن كان غرضه تحصيل ماعيته لما رأى به من الشعث والوسخ، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس لم يجز صرفه إلى ماعيته. انظر: روضة الطالبين (٣٦٨/٥).

(٣) ذكرها الرافعى فى كتاب الشهادات. انظر: روضة الطالبين (٢٧٥/١١).
والنووى فى زوائد الروضة فى باب الهبة. انظر: روضة الطالبين (٣٦٩/٥).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٥٨/١).

(٥) ذكره بنصه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (٣٣٠/٧).

(٦) قال الخطيب الشربينى: الأصح المنصوص أنه قول الراهن؛ لأن الأصل عدم إذنه فى القبض عن الرهن.
والثانى: يصدق المرتهن لاتفاقهما على قبض مأذون فيه، والراهن يريد صرفه إلى جهة أخرى. انظر: مغنى المحتاج (١٤٣/٢).

أودعه، لكن الأصح هنا حصول القبض لقوة يده بالملك[١].

ومنها: لو عجل زكاة وتنازع هو والقابض فى أنه اشترط التعجيل أم لا فالمصدق القابض على الأصح[٢].

ومنها: إذا سأله سائل وقال: إنى فقير، فأعطاه شيئًا ثم ادعى بعد أنه دفعه قرضًا وأنكر الفقير، فالقول قول الفقير؛ لأن الظاهر معه بخلاف ما إذا لم يقل: إنى فقير، فالقول قول الدافع، قاله القاضى الحسين فى تعليقه فى باب النية فى إخراج الصدقة.

تنبيه: لو تنازعا عند الدفع فى المؤدى عنه، فالاختيار إلى الدافع أيضًا كما قاله الرافعى فى باب الكتابة، واستثنوا منه مسألة، وهى المكاتب، فإن الاختيار إلى سيده لا له، ومع هذا فلو لم يتعرضا للجهة، ثم قال المكاتب: قصدت النجوم وأنكر السيد، أو قال: صدقت ولكن قصدت أنا الدين، فوجهان أصحهما فى زوائد الروضة تصديق المكاتب، وقد استشكل؛ لأنه قد جزم بأن الاختيار هنا للسيد[٣].

فائدة: قالوا فى باب القراض: إذا اختلفا فى ذكر العوض، فالقول قول الآخذ فى الأصح[٤]، وفى باب الهبة إذا قال: وهبتك بعوض، وقال: بل مجانًا، فالقول قول المتهب فى الأصح عند النووى[٥]. ولو قال السيد: أعتقتك على ألف، فقال: بل مجانًا، فالقول قول العبد ويحلف، ولا شيء عليه. وأما العتق فحاصل بإقرار السيد. ولو قال الزوج: خالعتك بألف، فقالت: بل بلا عوض، بانت بإقراره ولا عوض عليها[٦].

وفى باب الأطعمة لو أطعمه واختلفا فى ذكر العوض، فالقول قول الآكل فى

---

(١) ثم قال الرافعى: وهذا تفريع على أنه لا يبطل حق الحبس بالإعارة والإيداع. انظر: روضة الطالبين (٤/١١٧).

(٢) جاء فى الروضة: فالقول قول المسكين على الأصح مع يمينه، وقول المالك على الثانى. انظر: روضة الطالبين (٢/٢١٨).

(٣) ذكره فى الروضة، وقال النووى فى الزوائد: قول القفال أصح، وهو تصديق المكاتب. انظر: روضة الطالبين (١٢/٢٦٠).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٢/٣٢٢).

(٥) جاء فى الروضة: قال: وهبتك ببدل، فقال: بلا بدل، وقلنا: مطلق الهبة لا يقتضى ثوابًا، فهل المصدق الواهب أم المتهب؟ وجهان وبالأول قطع ابن كج.
وقال النووى فى الزوائد: قلت: الثانى أصح. انظر: روضة الطالبين (٥/٣٨٨).

(٦) ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (٧/٤٣١).

الأصح[١]. وفى باب اختلاف المتبايعين إذا قال: بعتك، فقال: بل وهبتنى، يحلف كل على نفى دعوى الآخر، فإذا حلفا رده مدعى الهبة[٢]، فما الفرق بين هذه المسائل وما الضابط لها؟.

والجواب: الفرق بين هذه وتلك أن فى المسائل المتقدمة اتفاقًا على اتحاد اللفظ الصادر من المالك، ثم المالك يدعى ضم ما يوجب العوض، والآخر ينكر هذه الضميمة فصدقناه؛ لأن الأصل عدمها فاعتضد قوله بأصلين عدم الضميمة وبراءة الذمة، وفى الأخيرة اختلفا فى نفس اللفظ الصادر من المالك، هل هو لفظ بيع أو هبة؟ فصدقناه لأنه اعترف باللفظ الصادر منه، فقوى جانبه ولم يرجح قول الآخر، وإنما لم نلزمه بالثمن؛ لأنه يدعى براءة الذمة الموافقة للأصل، وضابط المسائل ما ذكرناه، وهو إن كان الاختلاف فى ضم لفظ العوض بعد الاتفاق على اتحاد لفظ اللافظ، فالقول قول الآخذ، وإلا فالقول قول الآخر.

فإن قلت: ولم جرى الخلاف فى مسألة القرض والمتهب والمضطر ولم يجر فى مسألتى العتق والخلع؟ قلت: وذكر ابن الصباغ ضابطًا لبعض هذه الصور، وهو أن الدافع إما أن يخالف الظاهر أو لا، فإن لم يخالف الظاهر فهو المصدق، كما لو دفع إليه مالاً ثم اختلفا، فقال: هو قرض، وقال المدفوع إليه: هبة، فالمصدق الدافع، وكمسألة ما لو كان عليه ألفان بأحدهما رهن.

أما إذا كان قول الدافع يخالف الظاهر صدق المدفوع إليه، كما لو عجل زكاته[٣]، وتنازع هو والقابض فى أنه شرط التعجيل، فالمصدق الفقير؛ لأن الدافع يخالف قوله الظاهر، فإن الزكاة ظاهرة فى الوجوب والمعجلة ليست بزكاة فى الحال، فلم يقبل قوله[٤].

* * *

(١) صححه الرافعى فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٨).

(٢) قال الخطيب: فلا تحالف؛ لأنهما لم يتفقا على عقد واحد، بل يحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر كسائر الدعاوى. انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٧).

(٣) قال الخطيب: ومن عليه ألفان مثلاً بأحدهما رهن أو كفيل أو هو ثمن مبيع محبوس به، والآخر خال عن ذلك فأدى ألفًا، وقال: أديته عن ألف الرهن أو نحوه مما ذكر صدق بيمينه؛ لأنه أعلم بقصده وكيفية أدائه، سواء اختلفا فى نيته أو لفظه، فالعبرة فى جهة الأداء بقصد المؤدى حتى يبرأ بقصده الوفاء ويملكه المديون، وإن ظن الدائن إيداعه. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٤٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢/٢١٨).

إذا اختلف الغارم والمغروم له فى القيمة

فالقول قول الغارم

لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة ما لم يعارضه أصل آخر، واحترز بهذا القيد عمن يدعى بقاء حياة الملفوف، حيث تلزمه الدية[(١)]، وكذلك نظائره.

ومن فروع القاعدة:

لو كان رأس مال السلم جزافًا وجوزناه، وهو الأصح، ثم اتفق الفسخ وتنازعا فى قدره، فالقول للمسلم إليه؛ لأنه غارم، قاله الرافعى. ولو اختلف الغاصب والمالك فى قيمة المغصوب بعد تلفه صدق الغاصب[(٢)]. ولو اختلف الشريكان فى قيمة العبد وقد أعتق أحدهما نصيبه وتلف العبد، فالمصدق المعتق على الأظهر؛ لأنه الغارم[(٣)].

ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما فى يد المشترى واقتضى الحال تقسيط الثمن على القيمتين كرد بعيب ونحوه، واختلف المتبايعان فى قيمة التالف، فادعى المشترى ما يقتضى زيادة فيما يسترجع، فقولان أصحهما: أن القول للبائع؛ لأن الأصل بقاء ملكه على الثمن، فلا ننزع عنه إلا بما أقر به[(٤)]. ولو تلف أحد العبدين قبل القبض واقتضى الحال تقسيط الثمن واختلفا فى الثمن، فينبغى أن لا يكون القول قول البائع جزمًا؛ لعدم المعارض[(٥)]. ولو اختلفا وانفسخ البيع والمبيع تالف، واختلفا فى قيمته، فالقول قول المشترى جزمًا[(٦)].

ولو رد المبيع بعيب واختلفا فى الثمن، فقال ابن أبى هريرة: يتحالفان، والأصح قول

---

(١) ذكره فى الروضة فى باب اختلاف الجانى ومستحق الدم، قال: قد ملفوفًا فى ثوب نصفين، وقال: كان ميتًا، وقال الولى: كان حيًا، فأيهما يصدق؟ قولان أظهرهما: الولى، وقيل: يفرق بين أن يكون ملفوفًا على هيئة التكفين أو فى ثياب الأحياء، قال الإمام: وهذا لا أصل له. انظر: روضة الطالبين (٩/٢٠٩).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٨٧).

(٣) لأنه غارم كالغاصب. انظر: روضة الطالبين (١٢/١٢٢).

(٤) ذكره بنصه فى باب تفريق الصفقة. انظر: روضة الطالبين (٣/٤٢٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٢٥).

(٦) وفيه وجه شاذ أن القول قول البائع؛ لئلا تزال يده عما لم يعترف به. انظر: روضة الطالبين (٣/٤٢٥).

البائع؛ لأنه غرم[١]. ولو تقايلا ثم اختلفا فى الثمن، فالأصح كذلك، وقيل: للمشترى، وقيل: يتحالفان[٢].

نعم لو اشترى شقصًا فيه الشفعة، وقال: اشتريته بألف، وقال الشفيع: بل بخمسمائة، فالقول قول المشترى[٣]. قال الشيخ أبو حامد: وإنما لم يجعل القول قول الشفيع فى قدر الثمن، وإن كان غارمًا؛ لأن القول قول الغارم فى حالة التلف؛ لأنه يغرم ولا يملك بالغرامة مالاً، فلهذا كان القول قوله وليس كذلك فى مسألتنا؛ لأنه ليس بغارم، يعنى حقيقة، وإنما يبذل بدلاً يملك به شقصًا لغيره، فلم يكن القول قوله فى بدل يملك به ما هو ملك لغيره.

وهذا كله فيما إذا أتلف شيئًا تجب قيمته فى ذمته، فيكون القول قوله فى قدره، فأما إذا كان ينزع ملك غيره ببدل يبذله، فلا يكون القول قوله فى قدر ذلك البدل، ولهذا لم يجعلوا القول قول المشترى فى الثمن عند الاختلاف مع البائع منه؛ لأنه ينزع الملك من البائع، فلم يجعل القول قوله فى قدر البدل كما قاله القاضى الحسين وغيره فى باب الشفعة.

والضابط لهذه الصور أنا ننظر فى مدعى المقدار فى الثمن أو القيمة، فإن وجدناه أجنبيًا عن العقد كالشفيع، فالقول قول خصمه جزمًا، وإن لم يكن أجنبيًا عن ذلك، فإما أن يكون المدعى يريد بدعواه إزالة ملك خصمه عما هو فى ملكه، أو لا. إن كان الأول ولم يعارضه تلف تحت يد المدعى، فالقول قول من يراد إزالة ملكه كما سبق، وإن عارضه تلف تحت يد المدعى من غير أن يكون غارمًا جرى القولان، وإن كان غارمًا فلا يجرى القولان ويجىء وجه ضعيف حتى فى صورة الإقالة.

وهذا كله إذا لم يكن هناك عقد قائم، فإن كان جاء التحالف فى الإقالة على وجه ضعيف، وإن لم يكن هناك إزالة ملك خصمه، فالقول قول الغارم كالغصوب والعوارى حتى فى صورة التحالف والمبيع تالف، وإن أخذ شبهًا من هذا ومن الذى قبله جرى القولان كما فى صورة العتق.

* * *

---

(١) ذكره فى الروضة بنصه. انظر: روضة الطالبين (٣/٤٩٩).

(٢) ذكر الأوجه الثلاثة النووى فى زوائد الروضة نقلاً عن القفال. انظر: روضة الطالبين (٣/٤٩٦).

(٣) لأنه أعلم بعقده. انظر: روضة الطالبين (٥/٩٧).

إذا اختلف المتعاقدان وادعى أحدهما إلى دفع العقد والآخر إلى إمساكه

فالأصح إجابة من طلب الإمساك مع الرجوع بأرش القديم بائعًا كان أو مشتريًا؛ لما فيه من تقرير العقد وإبقائه إلا فى صورة، وهى ما إذا اطلع على عيب الثوب بعد صبغه، فأراد البائع إعطاء الأرش وأراد المشترى رد الثوب، وأخذ قيمة الصبغ، فالأصح أن المجاب هو البائع، ولو كان بالعكس فوجهان. قال الرافعى: قضية إيراد الأئمة أن المجاب أيضًا البائع، وأهمل فى الروضة هذا التصحيح(١).

* * *

إذا اختلفا فى الصحة والفساد فالقول قول مدعى الصحة بيمينه فى الأظهر عملاً بالظاهر

قال القفال: وأصلها تعقيب الإقرار بما يرفعه.

ولاختلافهما مراتب:

الأولى: أن يختلفا فى صفة العقد، فيدعى أحدهما وجوده على وجه مفسد كأجل أو خيار مجهول أو انضمام فاسد إلى الثمن، كدراهم إلى الخمر ونحوه، ويدعى الآخر عدمه، فهو موضع الخلاف المشهور، وكلام الرويانى يقتضى القطع بتصديق مدعى الصحة، فإنه قال فى البحر به. لو اختلفا فى شرط يفسد العقد فالقول قول من ينفيه بلا خلاف(٢).

الثانية: أن يختلفا فى صحة العقد من أصله، كأن يدعى أحدهما حرية المبيع، أو أنها أم ولد، أو أنها ملك الغير، أو عقدنا على العصير، وهو خمر، ويقول البائع: بل بعته وهو عصير، فذكر بعض المتأخرين أن القول قول مدعى الصحة قطعًا(٣)، ولهذا جعلوه دليلاً لأحد الوجهين فى دعوى الشرط المفسد، وليس كما قال، فقد جزم الجرجانى فى

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٨٦).

(٢) قال الخطيب الشربينى: الأصح تصديق مدعى الصحة بيمينه؛ لأن الأصل عدم المفسد، والظاهر فى العقود الجارية بين المسلمين الصحة.

الثانى: يصدق مدعى الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح، وإنما رجح الأصل الأول لاعتضاده بتشوق الشارع إلى انبرام العقود. انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٧).

(٣) انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع شرح المهذب (٩/١٦٤).

التحرير فى هذه الحالة بأن القول قول مدعى الفساد؛ لأن الأصل عدم الانعقاد. قال: بخلاف المسألة قبلها فإنهما اعترفا بعقد صحيح وادعى أحدهما شرطًا زائدًا يفسده.

الثالثة: أن يختلفا فيما يكون وجوده شرطًا كبلوغ البائع بأن باع ثم قال: لم أكن بالغًا حين البيع، وأنكر المشترى، وما ذكراه محتمل فيصدق البائع؛ لأن الأصل عدم البلوغ، قطع به الرويانى فى البحر فى آخر باب الربا[(١)]، ويوافقه قول الأصحاب فى باب الكتابة لو قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون أو محجور علىّ، وأنكر العبد، صدق السيد إن عرف سبق ما ادعاه، وإلا فالعبد[(٢)]، لكن الرافعى، رحمه الله، أجرى فى نظيره الخلاف فى النكاح، حيث قال: لو زوج ابنته، ثم قال: كنت محجورًا أو مجنونًا يوم زوجتها، وأنكر الزوج وعهد ما يدعيه، فوجهان أصحهما تصديق الزوج؛ لاتفاقهما على جريان العقد.

والغالب فى العقود أنها على الصحة[(٣)]. وكذلك لو اختلف المتبايعان فى الرؤية، فقال الغزالى، رحمه الله، فى فتاويه: إن القول قول البائع. وقال فى الروضة: فى اختلافهما فى شرط مفسد، والأصح تصديق مدعى الصحة[(٤)]، وعليه فرعها الغزالى، لكن القاضى الحسين جزم بأن القول قول المشترى؛ لأن الأصل عدم الرؤية، ويوافقه قول السنجى فى شرح التلخيص: إنهما لو اختلفا فى تغيير ما كان رآه قبل العقد، فقال البائع: لم يتغير وعاكسه المشترى، قال الإمام الشافعى، رحمه الله، فى كتاب الصرف: القول قول المشترى؛ لأن الأصل أن البيع غير لازم ما لم يعترف أنه شاهده، وهو على تلك الصفة، ألا ترى أنه لو أنكر الرؤية أصلاً كان القول قوله. انتهى. وهو يقتضى أن صورة الرؤية محل وفاق.

ولو باع الثمرة قبل بدو الصلاح أو الزرع فى الأرض ثم اختلفا، هل شرطا القلع أم لا؟ فالقياس أنه كاختلافهما فى الرؤية وأولى، فإن العامة أو غالبهم لا يعرفونه ولا

---

(١) قال الخطيب الشربينى: قال الرويانى فيما لو اختلفا فيما يكون وجوده شرطًا كبلوغ البائع كأن باعه ثم قال: لم أكن بالغًا حين البيع، وأنكر المشترى، واحتمل ما قاله البائع صدق بيمينه؛ لأن الأصل عدم البلوغ. انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٨).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٤٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع (٩/١٦٤).

يتعرضون لذكره، بخلاف الرؤية، فيقرب هنا الجزم بتصديق نافيه[١]، وتشهد له مسألة.

وقد استثنوا من هذا القاعدة صورًا:

إحداها: لو باع ذراعًا من أرض علما ذرعها، فادعى البائع أنه أراد ذراعًا معينًا حتى لا يصح العقد، وادعى المشترى الإشاعة ليصح، فالأصح فى الروضة تصديق البائع حتى يفسد؛ لأنه أعلم بإرادته[٢].

الثانية: إذا اختلفا فى أن الصلح وقع على الإنكار أو الاعتراف، فالصواب فى الروضة تصديق مدعى وقوعه على الإنكار؛ لأنه الغالب[٣].

الثالثة: مسألة الثمرة قبل بدو الصلاح السابقة، وصورة الصلح هذه تشهد لها[٤].

الرابعة: اختلاف السيد والمكاتب[٥] على ما سبق.

* * *

إذا أنفق عن غيره بغير إذنه هل يرجع؟

هو نوعان:

أحدهما: من أدى واجبًا عن غيره.

والثاني: من أنفق على ما يتعلق به حقه فى مال غيره.

فالأول: كما لو أدى دين غيره بلا إذن، برئ ولا رجوع له بلا خلاف[٦]، لكن هل يقع فداء أو موهوبًا؟ له وجهان، وهذا فى ديون الآدميين، فأما دين الله تعالى المتوقف على النية كالزكاة، فلا تقع عنه بغير إذنه.

ومنها: الكفارة، وهكذا العمل البدنى إذا صام أجنبى عن الميت بغير إذن الولى لم

(١) ذكره الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج (٢/٩٨).
(٢) نقله الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج (٢/٩٨).
(٣) انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٨).
(٤) انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٨).
(٥) انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٨).
(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٦٦).

يصح[1]، لكن جوزوا الحج عنه بغير إذنه، وإنما خرج عن الأصل لاختصاصه بأمور[2].

ومنها: لو أنفق على الآبق فى حال رده، فإنه متبرع عندنا كما نقله ابن كج، وتردد الرافعى فى إلحاقه بمستأجر الجمال[3].

ومنها: إذا أودعه دابة ولم يعطه علفًا، راجعه أو وكيله، فإن فقدا فالحكم ليؤجرها ويصرف الأجرة فى علفها، فإن عجز اقترض على المالك، فإن فقد الحاكم تعاطاه بنفسه، وأشهد ذكره الماوردى[4]. ومن الثانى مسألة الحمال واللقيط فى النفقة عليهما ونظائرها، وهذا كله إذا لم يظن وجوبه عليه، فإن ظن ثم بان خلافه رجع، كما إذا أوجبنا النفقة للحامل، وقلنا بالأصح: إنه يجب دفعها قبل الوضع، فبان أن لا حمل رجع عليها[5].

ولو نفى حمل الملاعنة، ثم رجع وكذب نفسه واستلحق الولد، فلها الرجوع بما أنفقته على الولد فى الأصح، فإنها انفقت على ظن الوجوب لا على سبيل التبرع[6]، ويستثنى

---

(١) قال فى الروضة: ولو استقل به الأجنبى، لم يجزه على الأصح. انظر: روضة الطالبين (٣٨١/٢).

(٢) قال الخطيب: ولو فعله أجنبى جاز، ولو بلا إذن، كما له أن يقضى دينه بلا إذن، ذكر ذلك فى المجموع بخلاف الصوم، فلابد فيه من إذن؛ لأنه عبارة بدنية محضة بخلاف الحج. انظر: مغنى المحتاج (٤٦٩/١).

(٣) قال الرافعى: ونفقة العبد والدابة مدة الرد، يجوز أن تكون كما ذكرنا فى مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنده، ويجوز أن يقال ذاك للضرورة، وهنا أثبت العامل يده مختارًا فليتكلف المؤنة ويؤيد هذا العادة.

قال النووى: قلت: عجب قول الإمام الرافعى فى نفقة المردود: لا أعلمه مسطورًا، وأنه يحتمل أمرين، وهذا قد ذكره القاضى ابن كج فى كتابه التجريد، وهو كثير النقل عنه، فقال: إذا أنفق عليه الراد فهو متبرع عندنا، وهذا الذى قاله ظاهر جار على القواعد. انظر: روضة الطالبين (٢٧٦/٥).

(٤) ذكره بنحوه فى الحاوى الكبير. انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٣٦٦/٨).

(٥) قال الخطيب: استرجع ما دفع إليها من النفقة بعد انقضاء عدتها؛ لأنه تبين أن ذلك ليس عليه. انظر: مغنى المحتاج (٤٤٠/٣).

(٦) قال فى الروضة: طولب بنفقة ما مضى، نص عليه فقيل: هو تفريع على أن النفقة للحامل، أما إذا قلنا: للحمل، فلا مطالبة؛ لأن نفقة القريب تسقط بمضى المدة. وقال الجمهور: تثبت المطالبة على القولين، وهو المذهب. انظر: روضة الطالبين (٦٧/٩).

من ذلك ما إذا أنفق على ما اشتراه ببيع فاسد، فلا يرجع إذا ظن أنه يلزمه النفقة[1]، وإلا فوجهان عن الصيمرى، وأجراهما القاضى الحسين فى فتاويه فيما لو اشترى دارًا وعمرها، ثم جاء مستحق وأخرجها من يده ونقض عمارة المشترى، هل يرجع على البائع بأرش النقصان وبما أنفق على الدار؟ وجهان. قال ابن سريج: يرجع.

قال القاضى: وللشافعى، رضى الله عنه، نصان يدلان على ثبوت الرجوع:

أحدهما: قال فى النفقات: لو طلق امرأته ثلاثًا، وادعت الحمل فصدقها أو شهدت به القوابل، وقلنا: الحمل يعرف فأنفق عليها ثم بان عدم الحمل يرجع عليها بما أنفق.

والثانى: قال فى الكتابة: لو جن المكاتب وحل النجم ولم يكن له مال ظاهر، فعجزه السيد بمحضر الحاكم، فإن الحاكم يوجب نفقته على المالك، فلو ظهر للمكاتب مال فيرد عجزه ويعتق المكاتب والسيد يرجع بما أنفق. انتهى.

ومنها: إذا عجل زكاة الحيوان، ثم اقتضى الحال الرجوع، فهل يرجع عليه المنفق بما أنفقه؟ لم يصرحوا به، وقال ابن الأستاذ فى شرح الوسيط: ينبغى بناؤه على أنه هل يجوز له الرجوع فى الزوائد المتصلة؟ فإن جوزناه فعليه غرامة النفقة وإلا فلا.

ومنها: اللقطة إذا اتفق عليها الملتقط بعد التملك حكمها حكم القرض[2]، فلينظر بماذا يلحق، قاله ابن الأستاذ أيضًا.

* * *

إراقة الدم

الواجبة بسبب النسك تتعين بالحرم إلا فى موضع واحد، وهو دم الإحصار، فإن محله محل الحصر[3].

* * *

---

(١) ذكره فى مغنى المحتاج قولاً واحدًا. انظر: مغنى المحتاج (٢/٤٠).

(٢) قال ابن الرفعة: قرضًا. وقال الأذرعى: الأقرب إنه إنفاق أو يقترض على المالك، وهذا هو الذى يدل عليه كلام الأصحاب، أما إذا قلنا: لا يجب التعريف، فالملتقط متبرع إن عرف، وللقاضى أن يأمر الملتقط بصرف المؤنة من ماله؛ ليرجع على المالك أو يبيع بعضها إن رآه، كما لو هرب الجمال، وإن أخذ اللقطة لتملك وجب عليه تعريفها جزمًا، ولزمته مؤنة التعريف، سواء تملكها أم لا؛ لأن الخط له، وقيل: إن لم يتملك، أى اللقطة، كأن ظهر مالكها، فعلى المالك لعود الفائدة إليه. انظر: مغنى المحتاج (٢/٤١٤).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٣٤).

الأسباب المطلقة

أحكامها تتعقبها ولا تسقط بالإسقاط إلا فى موضعين:

أحدهما: أن يطلق البيع فيقترن به اللزوم، فلو شرط الخيار ارتفع اللزوم[١].

الثاني: إطلاق الثمن يقتضى الحلول، وإذا شرط الأجل ارتفع الحلول، قاله الكيا الطبرى فى تعليقة الخلاف.

* * *

استدامة بقية الفعل

إن كان سببه مباحًا أو مندوبًا بقى على حكم أصله.

وإن كان سببه غير مأذون فيه شرعًا اعتبر حكمه بنفسه، ومن ثم لو تطيب قبل إحرامه ثم استدامه لا فدية[٢]، ولو نسى الإحرام فتطيب ثم ذكره وجب عليه إزالته[٣]. قال ابن الصباغ: لأن التطيب ناسيًا ليس بجائز ولا مباح، ولكن يسقط حكم النسيان ما عليه، قال: وهذا كما يقول فى يوم الشك لو أفطر، ثم قامت بينة برؤية الهلال لم يجز له استدامة الفطر؛ لأن إباحة الفطر إنما كان قبل العلم برؤية الهلال[٤]، وإذا أفطر فى أول النهار بسفر ثم قدم، جاز له الأكل؛ لأن ابتداء الأكل كان مباحًا[٥]، ومنه لو شرع فى وقت المغرب ثم مد حتى غلب الشفق جاز على الصحيح[٦].

* * *

(١) قال الخطيب الشربينى: الخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه، والأصل فى البيع اللزوم؛ لأن القصد منه نقل الملك وقضية الملك التصرف وكلاهما فرع اللزوم، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقًا بالمتعاقدين. انظر: مغنى المحتاج (٢/٤٣).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٧٩).

(٣) ذكره الإمام النووى فى المجموع شرح المهذب (٧/٢٨٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٧٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٧٢).

(٦) قال فى الروضة: ولو شرع فى المغرب فى الوقت المضبوط، فله له استدامتها إلى انقضاء الوقت؟ إن قلنا: الصلاة التى يقع بعضها فى الوقت وبعضها بعده أداء، وأنه يجوز تأخيرها إلى أن يخرج عن الوقت بعضها، فله ذلك قطعًا، وإن لم يجوز ذلك فى سائر الصلوات، ففى المغرب وجهان، أصحهما يجوز مدها إلى مغيب الشفق. الثانى: منعه كغيرها ثم الأظهر من القولين الجديد، واختار طائفة من الأصحاب القديم ورجحوه، وعندهم المسألة مما يفتى فيه على القديم. انظر: روضة الطالبين (١/١٨١).

الإسلام يجب ما قبله

فى حق الله تعالى[١]، ولهذا لا يجب على الكافر إذا أسلم قضاء الصلاة والصوم والزكاة، وإن كلفناه بفروع الشريعة حالة كفره[٢]، ولو أسلم فى نهار رمضان لا يلزمه إمساك بقية النهار ولا قضاء ذلك اليوم فى الأصح[٣]، وكذلك حدود الله تعالى كما أوجب عليه حد الزنا ثم أسلم، فعن نص الشافعى السقوط حكاه الرافعى فى الروضة فى آخر كتاب الجزية[٤].

ويستثنى صور:

إحداها: لو أسلم وعليه كفارة يمين أو ظهار أو قتل، فوجهان أصحهما لا تسقط[٥]. قال صاحب فوائد المهذب: ومن المشكل الفرق بينها وبين الزكاة، لاسيما وفى الكفارة معنى الحدود، ولهذا تسقط بالشبهة. قلت: الفرق أن الزكاة لا يجب عليه أداؤها فى كفره، فلا يؤديها بعد إسلامه بخلاف الكفارة تغليبًا لمعنى الغرامات.

الثانية: إذا جاوز الكافر الميقات مريدًا للنسك، ثم أسلم وأحرم دونه، وجب عليه ادم خلافًا للمزنى[٦].

الثالثة: لو أجنب الكافر ثم أسلم لا يسقط حكم الغسل بإسلامه خلافًا للأصطخرى[٧]، أما حقوق الآدميين إذا تقدمها التزام بذمة أو أمان، فلا تسقط بالإسلام،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى (١/٢٥٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٥٣).

(٣) وقيل: يقضى الكافر دون المجنون، وصححه صاحب التهذيب. قال الأصحاب: الخلاف فى القضاء فى هؤلاء الثلاثة متعلق بالخلاف فى إمساكهم تشبها ثم اختلفوا فى كيفية تعلقه، فقال الصيدلانى: من أوجب التشبه لم يوجب القضاء، ومن يوجب القضاء لا يوجب التشبه، وقال غيره: ومن أوجب القضاء أوجب الإمساك، ومن لا فلا.
وقال آخرون: من أوجب الإمساك أوجب القضاء، ومن لا فلا. انظر: روضة الطالبين (٢/٣٧٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٩٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٩٣).

(٦) قال الإمام النووى: اتفق عليه الأصحاب إلا المزنى، فإنه قال: لا دم؛ لأنه مر به وليس هو من أهل النسك، فأشبه غير مريد النسك. انظر: المجموع شرح المهذب (٧/٦١).

(٧) ذكره السيوطى بنصه. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٥٥).

ولهذا لو قتل الذمى مسلمًا ثم أسلم القاتل لم يسقط القصاص بخلاف الحربى[١]، ولو أسلم فى أثناء السنة وجب من الجزية بقسطها تغليبًا لحق الآدمى، فإنها عوض عن سكنى الدار[٢].

* * *

الاستثناء الحكمى، هل هو كالاستثناء اللفظى؟

هذا على أربعة أقسام:

أحدها: ما لا يؤثر قطعًا، وإن كان لو تلفظ به لضر، كبيع الأمة المزوجة يصح قطعًا[٣]، ولو باع أمة واستثنى منفعة بضعها لم يصح، وكذلك بيع الموصى بما يحدث من حملها وثمرتها يصح، وهى مستثناة شرعًا، ولو باع واستثناها لفظًا لا يصح[٤]، وكذلك بيع الدار المشحونة بالأمتعة الكثيرة، والشجرة عليها الثمرة، والأرض المغروسة يصح، ونفع بقاء الأمتعة والثمر والغرس مستثنى إلى أوان تفريغه على ما جرت به العادة[٥]، وإن كان لو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح. وكذلك لو اشترى صبرة فبان تحتها دكة صح، نعم يتخير إن جهلها، ولو استثنى بلفظه مقدار ما تحتها لم يصح[٦].

الثانى: ما يؤثر قطعًا، كما لو تلفظ به، كبيع دار المعتدة بالإقراء أو الحمل[٧].

الثالث: ما يصح فى الأصح، كبيع العين المستأجرة والمزروعة ودار المعتدة بالأشهر

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٩/١٥٠).

(٢) قال فى الروضة: هل يجب قسط ما مضى كالأجرة أم لا يجب شىء كالزكاة؟ قولان أظهرهما الأول، وقيل: تجب قطعًا، وقيل عكسه. انظر: روضة الطالبين (١٠/٣١٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٨٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٨٠).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٢/٨٢).

(٦) قال الخطيب: ولو علم أن أحد المتعاقدين أن تحتها دكة أو موضعًا منخفضًا أو اختلاف أجزاء الظرف الذى فيه العوض أو المعوض من نحو ظرف عسل وسمن دقه وغلظا بطل العقد لمنعها تخمين القدر، فيكثر الغرر. قال شيخى: لأن التخمين يضعف عند العلم، عنم إن رأى ذلك قبل الوضع فيه صح البيع لحصول التخمين، وإن جهل كل منهما ذلك بأن ظن أن المحل مستو فظهر خلافه صح البيع وخير من لحقه النقص بين الفسخ والإمضاء إلحاقًا لما ظهر بالعيب، فالخيار فى مسألة الدكة للمشترى وفى الحفرة للبائع. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٨).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٨٠).

والمساقاة عليها، وتقع المدة مستثناه لا يملك المشترى الانتفاع بها، وإن كان لو صرح باستثنائها بطل[١].

ومنها: إذا باع نخلة وعليها ثمرة مؤبرة وبقيت الثمرة للبائع، ثم حدث طلع جديد فى تلك السنة، فهل هو للبائع أو للمشترى؟ وجهان أصحهما للبائع مع إنه لو استثنى ذلك لفظًا لم يصح[٢].

الرابع: ما يبطل فى الأصح، كبيع الحامل بحر ويحمل تغير مالكها، كما لو باع الجارية إلا حملها، والفرق بينه وبين ما قبله حيث صححوا الاستثناء الحكمى للضرورة[٣].

* * *

إشارة الأخرس

كعبارة الناطق فى العقود والحلول والدعاوى والأقارير وغيرها[٤]. قال الإمام عنه فى الأساليب: وكان السبب فيه أن الإشارة فيها بيان، ولكن الشارع تعيد الناطقين بالعبارة، فإذا عجز الأخرس بخرسه عن العبارة، أقامت الشريعة إشارته مقام عبارته.

ويوضحه أن الناطق لو أشار بعقد أو فسخ لم يعتد به، فإذا خرس اعتد به، فدل على أن المعنى المعتبر فى قيام الإشارة مقام العبارة الضرورة، وإنه أتى بأقصى ما يقدر عليه فى البيان. قال: ويمكن أن يقال: الإشارة إذا اقترن بها قرائن الأحوال، أورثت بمجموعها العلم الضرورى، ونحن نشترط التناهى فى نص الأمارات والعلامات مع الإشارات.

واعلم: أن إشارة الأخرس كنطقه إلا فى مسائل:

إحداها: إذا خاطب بالإشارة فى الصلاة لا تبطل فى الأصح[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٨٠).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/٨٧).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٨٠).

(٤) قال الإمام السيوطى: الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق فى جميع العقود كالبيع، والإجارة، والهبة، والرهن، والنكاح، والرجعة، والظهار، والحلول كالطلاق، والعتاق، والإبراء، وغيرها كالأقارير، والدعاوى، واللعان، والقذف، والإسلام. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

الثانية: إذا شهد بالإشارة لا تقبل؛ لأن إقامتها مقام النطق للضرورة ولا ضرورة في شهادته لإمكان شهادة الناطق[١].

الثالثة: إذا حلف لا يكلم زيدًا فكلمه بالإشارة لا يحنث[٢].

الرابعة: حلف بالإشارة لا ينعقد يمينه[٣].

ويستثنى من هذا لعانه بالإشارة، فيصح للضرورة[٤]، وفي البيان في كتاب الأقضية، قال الشافعي، رحمه الله، في الأم: إن كان قد وجب عليه يمين وهو أخرس لا تفهم إشارته، وقف اليمين إلى أن تفهم إشارته، وإن سأل المدعي أن ترد عليه اليمين لم ترد؛ لأنه لم يتحقق نكوله.

وقد حكى الرافعي في باب اللعان عن الإمام ضابطًا لما تقوم فيه الإشارة عن العبارة، قال: والذي ينقدح في وجه القياس أن كل مقصود لا يختص بصيغة، فلا يمنع إقامة الإشارة مقام العبارة، وما يختص بصيغة مخصوصة، فيعسر إعراب الإشارة عنها.

واستشكل الإمام على ذلك صحة لعان الأخرس في تأدية كلام اللعان، ولاسيما إذا عينا لفظ الشهادة؛ لأن الإشارة لا ترشد إلى تفصيل الصيغ. قال: ولو كان في الأصحاب من يشترط في الأخرس الكتابة إن كان يحسنها أو يشترط في ناطق أن ينطق بها ويشير إلى الأخرى، ويقول: تشهد هكذا، ويقول الأخرس بالإجابة لقرب بعض القرب. فأما الإشارة المجردة، فلا اهتداء إلى دلالتها على صيغة مخصوصة، وما نفاه الإمام جزم به في الوجيز، ونقله في البسيط عن بعضهم.

* * *

إشارة الناطق القادر على العبارة لغو إلا في صور

أحدها: لو أشار مسلم إلى كافر فانحاز من صف الكفار إلى صف المسلمين، وقال: أردنا بالإشارة الأمان كان أمانًا تغليبًا لحقن الدم[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

(٤) قال العلامة السيوطي: يمينه لا ينعقد بها إلا اللعان. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢)، روضة الطالبين (٨/٣٥٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

الثانية: إشارة الشيخ فى رواية الحديث كنطقه[١].

الثالثة: قال: أنت طالق هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث[٢].

الرابعة: إذا سلم على المصلى يرد عليه بالإشارة، نص عليه الشافعى فى القديم[٣].

* * *

إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة ويحمل ذكر العبارة على الغلط[٤]

ووجهه أن الإشارة هى الأصل فى التعريف، إنما جعل الأسامى نائبة عنها فى حالة الغيبة، كما لو حلف لا يأكل من لحم هذه البقرة، وأشار إلى سخلة وأكل منها يحنث قطعًا، ولم يخرجوه على الخلاف الأتى؛ لأن العقود يراعى فيها شروط وتقييدات لا يعتبر مثلها فى الأيمان[٥].

ولو قال: أصلى خلف هذا زيد وكان عمرًا، أو على هذا زيد وكان عمرًا، صح فى الأصح تغليبًا للإشارة ولو لم يعينه[٦] بلفظه، بل قال: أصلى خلف هذا الإمام واعتقده زيدًا فكان غيره، خرجه الإمام على الخلاف، والأشبه الصحة جزمًا؛ لأن الإشارة لم يعارضها عبارة[٧].

ولو أشار إلى ابنته وقال: زوجتك هذه فلانة، وسماها بغير اسمها، أو أشار إليها، وقال: زوجتك هذا الغلام، فحكى الروياني عن الأصحاب الصحة تعويلاً على الإشارة[٨]، وقال صاحب البحر: ولو وقع الحاكم إلى فقيه ليزوج فلانة وعنده أن الموقع

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٣).

(٤) ذكرها الإمام السيوطى قاعدة. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٤).

(٥) قال الإمام السيوطى: ولا تخرج على الخلاف فى البيع ونحوه؛ لأن العقود يراعى فيها شروط وتقيدات لا تعتبر مثلها فى الأيمان، فاعتبر هنا الإشارة وجهًا واحدًا. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٦).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٤).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٤).

(٨) نقله الإمام السيوطى فى الأشباه عن الروياني. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٤).

إليه المذكور هو فلان بعينه، فتبين أنه كان غيره، هل يكون هذا إذنًا لذلك الغير المذكور في القضية؟ قال: والذي يظهر عندي أنه لا يكون إذنًا قياسًا على من صلى خلف رجل وعنده أنه زيد، فبان عمرًا لا تصح الصلاة.

قلت: لكن رجح النووي في صورة الصلاة الصحة، فليكن هذا مثله[1]. ولو قال: إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فأنت طالق، فأعطته فبان مرويًا، فالأصح نفوذه تغليبًا للإشارة[2]. ولو قال: أنت طالق في هذا اليوم إذا جاء الغد وقع في اليوم تغليبًا للإشارة، وكذا لو قال للحائض: أنت طالق في هذا الوقت للسنة طلقت في ظاهر المذهب تغليبًا للإشارة، قاله القاضي الحسين، وأشار ابن الرفعة إلى أنه ليس من هذه القاعدة، بل من قاعدة وقوع الطلاق بالمستحيل.

ويستثنى صور:

منها: ما الملحوظ فيه اللفظ كالعقود، وما لو عقد على درهمين معينين، فخرج أحدهما نحاسًا له قيمة، فالعقد باطل؛ لأنه بان أنه غير ما عقد عليه، وقيل: إنه صحيح تغليبًا للإشارة، كذا قاله الرافعي قبيل باب المبيع قبل القبض[3]، ومنه يعلم الفساد فيما لو قال: بعتك هذا البغل، فإذا هو حمار، وكذلك من تشبيه الإمام للوجهين فيه بما إذا قال: خالعتها على هذا الثوب الكتان، فبان قطنًا أو بالعكس، فإن الأصح فساد الخلع، وتبين بمهر المثل[4] والبيع أولى بالإفساد؛ لأن باب الخلع أوسع، وقال في التهذيب: لو قال: بعتك هذا البغل، فإذا هو حمار، فإن علم المشتري الحال صح قطعًا وإلا فوجهان.

ومنها: أن يكون الاسم موجودًا ثم يزول، كما لو قال: لا آكل هذا الرطب، فتتمر فأكله[5]، أو لا أكلم هذا الصبي، فكلمه شيخًا، فلا حنث في الأصح تغليبًا للعبارة[6]. ومثله: لو حلف لا يدخل هذه الدار فصارت عرصة فدخلها لم يحنث على المذهب؛ لعدم

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٥).

(٣) قال الرافعي: هذا فيما إذا كان له قيمة، فإن لم يكن لم يجيء فيه هذا الخلاف. انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع شرح المهذب (٨/٣٨٩).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٥).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٥).

المشار إليه والمعبر عنه جميعًا[١].

* * *

الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها

فإن الأيدى نراها تتبدل ولا يتعرض لها، كمن فى يده عين وأراد بيعها أو هبتها أو رهنها أو إجارتها، وغيره من التصرفات، وقال: إنها ملكه، جاز الإقدام على معاملته فيها. قال الإمام فى كتاب الشفعة: وهذا أصل مجمع عليه، ولا فرق بين أن يرفع ذلك لحاكم أم لا. وقال فى كلامه على ما إذا طلب الشركاء من القاضى قسمة ما بأيديهم: إنه يعتمدهم عملاً بظاهر اليد. قال: ولا نعلم خلافًا فى أن من باع دارًا فى يده وأشهد على البيع القاضى أنه يثبت بإقراره ولا يطالبه بتثبيت الملك قبل البيع. وقال الماوردى والرويانى فى مسألة القسمة يستظهر القاضى على القول بأمرين:

أحدهما: أن ينادى: هل من منازع؟ ليستدل بعدمه على ظاهر الملك[٢].

والثاني: أنه يحلفهم أنه لا حق لغيرهم وينبغى مجىء ذلك فى صورة البيع[٣]، نعم لو أراد القاضى شراءها ليتيم أو وقف أو طلب من القاضى تسجيل بيعه لها لغيره، فينبغى أن لا يفعل القاضى ذلك إلا بعد ثبوت ملكه. وقد صرح الماوردى بأنه إذا حجر على المفلس، فليس له أن يبيع ماله إلا أن يثبت عنده أن ذلك ملكه بالبينة، وإن أقر المدين أنه ملكه؛ لأنه ربما يكون لغيره، وبيع القاضى حكم بأنه له[٤]، لكن خالفه أبو عاصم العبادى، فقال فى أدب القضاء: إنه يكتفى فى ذلك باليد، وعليه الإجماع الفعلى[٥].

واعلم أن موضع الاتفاق على اعتبار قوله ما إذا لم يسبق منه اعتراف بناقل ليخرج

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣١٥).

(٢) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (١٦/٢٧١).

(٣) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (١٦/٢٧١).

(٤) قال الخطيب الشربينى: ولا يحتاج إلى بينة بأنه ملكه بخلاف ما لو باع الحاكم لابد أن يثبت أنه ملكه، كما قاله ابن الرفعة تبعًا للماوردى والقاضى إذ بيع الحاكم حكم بأنه له، ويوافقه قول الرافعى فى الفرائض قسم الحاكم يتضمن الحكم بموت المفقود، وكلام جماعة يقتضى الاكتفاء باليد، وحكى السبكى فى ذلك وجهين، ورجح الاكتفاء باليد. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٥١).

(٥) قال الخطيب: ورجح الاكتفاء باليد، وهو قول العبادى، وكذا نقله الزركشى، ثم قال الأذرعى: وأفتى ابن الصلاح بما يوافقه، والإجماع الفعلى عليه. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٥١).

صور فيها خلاف:

إحداها: لو اعترف صاحب اليد بالشراء، ثم أراد أن يبيع ما ادعى شراءه فوجهان عن ابن سريج، أحدهما: لا يصح؛ لأنه اعترف بسبق ملك الغير، ثم ادعى انتقاله إليه، فلا يقبل قوله فى الانتقال، فعلى هذا يوقف الأمر حتى يتبين، وأصحهما يصح إلا أنه إذا رفع ذلك للشهود أو القاضى، كتبوا أنه وقع بإقرارهما وتصادقهما، كذا حكاه الإمام والرافعى فى كتاب الشفعة(١).

وظاهره أنه لا فرق بين أن يسند الملك السابق إلى معين أو لا، إذا لم يحصل من ذلك المعين منازعة، وينقدح الفرق لما سنذكره فى صورة النكاح، ولا شك أنه لو حضر المعين ونازعه كلف البينة على الانتقال لإقراره له بسبق الملك، بل لو لم يقر ولكن حضر منازع وأقام بينة بملكها ولم تعارضها بينة أخرى، فالظاهر انتزاعها، فإن البينة بالملك المطلق وإن اعتمدت الظهور أقوى من مجرد اليد(٢).

الثانية: لو ادعت المرأة الخلو من الموانع زوجها الحاكم ويحتاط بالبينة فى ذلك استحبابًا فى الأصح(٣)، ولو قالت: طلقنى زوجى فلان وانقضت عدتى، وطلبت من الحاكم تزويجها، ففى أدب القضاء للدبيلى: إن كانت غريبة والزوج غائب فالقول قولها بلا بينة ولا يمين، وإن كان الزوج فى البلد وليست غريبة، فلا يعقد الحاكم عليها حتى يثبت ما ادعته.

وأطلق الرافعى فى فصل التحليل قبول قولها عند الاحتمال، وإن أنكر الزوج الثانى، وصدق فى أنه لا يلزمه إلآ نصف المهر؛ لأنها مؤتمنة فى انقضاء العدة، والوطء يتعذر إقامة البينة عليه(٤). ونقل قبل دعوى النسب عن فتاوى البغوى أنه إذا حضر عند القاضى رجل وامرأة واستدعت تزويجها من الرجل وذكرت أنها كانت زوجة فلان

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٩٨).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/٣٠٥).

(٣) نقل الرافعى عن الشافعى، رضى الله عنه: أن السلطان لا يزوج من تدعى غيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولى حاضر، وأنها خلية عن النكاح والعدة، فقيل: هذا واجب، وقيل: مستحب.
قال النووى: قلت: الأصح أنه مستحب، وبه قطع إبراهيم المروزى ذكره فى آخر كتاب الطلاق. انظر: روضة الطالبين (٧/٦٩).

(٤) ذكره الرافعى بنصه. انظر: روضة الطالبين (٧/١٢٨).

وطلقها أو مات عنها، لم يزوجها القاضى ما لم تقم حجة على الطلاق أو الموت؛ لأنها أقرت بالنكاح لفلان[١].

الثالثة: بيده ملك لا منازع له فيه أقر بأنه وقفه فلان عليه وعلى نسله، هل يثبت الوقف؟ أجاب ابن الصلاح: لا يثبت الوقف عليه بإقراره؛ لأنه اعترف بالملك لغيره وادعى انتقاله عنه بطريق الوقف، فهو كما لو قال صاحب اليد: اشتريت هذا من فلان، لم يثبت الملك له، وإن كانت اليد له. أما إذا قال: هذا موقوف على، ولم يعين واقفًا، فينبغى أن يثبت ذلك باليد.

وقال ابن الأستاذ لا شك أن الوقف يثبت، لكن لا بالنسبة إلى من أسند إليه الملك، حتى لو نازعه هو أو واحد من جهته، كان لهم ذلك، وإنما يؤاخذ بقوله حتى لو أراد أن يتصرف فيه تصرف الملاك، لم يكن له ذلك، وليت شعرى ما الفرق بين المعين والمبهم. قال: وقد أشار الشاشى فى المستظهرى إلى ما ذكرته، وهو ظاهر. وقال فى الإشراف: إن كان الوقف فى يد رجل وأقر بأنه وقف على فلان ولم يذكر واقفه ولم يعرف القاضى واقفه، سمع ذلك منه وألزمه حكم إقراره.

وقال فى البحر قبيل كتاب السير: فرع: إذا قال: هذه الدار كانت لأبى وقفها علىَّ وأنت غاصب، وأقام شاهدًا وحلف معه حكم له بالملك، ثم يصير وقفًا بإقراره، وإن قلنا فى دعوى الوقف: لا يقبل شاهد ويمين. وفى طبقات العبادى عن الأودنى: أنه إذا قال: هذا الشيء وقف لى وفى يدى، ومنافعه لى أن القول قوله، كالعين يدعيها لنفسه.

* * *

الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن

من فروعها:

ما لو رأى فى ثوبه منيًا ولم يذكر احتلامًا لزمه الغسل على الصحيح المنصوص[٢]. قال فى الأم: وتجب إعادة كل صلاة صلاها من أحدث نومة نامها فيه[٣].

ومنها: لو توضأ من بئر أيامًا وصلى ثم وجد فيها حيوان ميت وماؤها دون قلتين،

(١) نقله عن فتاوى البغوى، ولكنه جزم بعدم التزويج، ولم يشترط قيد الحجة. انظر: روضة الطالبين (١٢/٩٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٥٩).

(٣) نقله السيوطى عنه فى الأشباه (١/٥٩).

فإنه يقدر وقوعه بعد آخر وضوء توضأ منها ولا يقضى شيئًا[1].

ومنها: لو ضرب بطن الحامل فانفصل الولد حيًا وبقى زمانًا غير متألم ثم مات، فلا ضمان على الضارب؛ لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر بخلاف ما لو مات عند ضربه أو بقى متألمًا حتى مات، تجب دية كاملة لتيقن حياته[2].

ومنها: جرح صيدًا حرميًا، فغاب ثم وجده ميتًا ولم يدر أمات بجراحته أم بحادث، هل يلزمه جزاء كامل أم أرش الجرح فقط؟ قولان، قال فى الروضة أظهرهما الثانى[3].

ومنها: لو فتح قفصًا عن طائر، فطار فى الحال ضمنه، وإن وقف ثم طار فلا إحالة على اختيار الطائر[4].

ومنها: ابتاع عبدًا ثم ظهر أنه كان مريضًا ومات بذلك المرض عند المشترى، فهو من ضمانه فى الأصح؛ لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد، ولا يتحقق إضافته إلى السابق[5]، ومثله الجراحة السارية والحامل تموت فى الطلق، ثم على الأصح يتعين الأرش إن جهل[6].

ومنها: لو تزوج أمة ثم اشتراها، فأتت بولد يحتمل أن يكون من ملك اليمين، وأن يكون من ملك النكاح، فإن أتت به لستة أشهر فصاعدًا من وقت الوطء بعد الشراء، لحق الولد بملك اليمين، بشرط أن يقر الزوج بالوطء بعد الشراء ما لم يدع الاستبراء بعد بالوطء، وتصير أم ولد فى الأصح للحوقه بملك اليمين، وقيل: لا تصير؛ لاحتمال كونه من النكاح[7].

ومنها: البينة تثبت الحق قبل تمامها بأقل زمن يتصور فيه ثبوته ضرورة تصديق الحجة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٥٩).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٥٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/١٦٢).

(٤) لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره. والثانى: يضمنه مطلقًا؛ لأنه لو لم يفتح لم يطر. والثالث: لا يضمن مطلقًا؛ لأن له قصدًا أو اختيارًا، والفاتح متسبب، والطائر مباشر، والمباشرة مقدمة على السبب. انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٧٨).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٥٩).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٦٨)، مغنى المحتاج (٢/٥٢).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/٥٩).

ولا تثبت الحق بل ذلك الزمان. هذا إذا أطلقت، فإن أسندت إلى زمن قديم ثبت الحق مسندًا إليه ومتقدمًا عليه بأقل زمان يتصور فيه صدق الحجة، واستثنوا من ذلك الزمان مسألة واحدة، وهى ما لو قامت البينة باستحقاق المبيع، فإن المشترى يرجع بالثمن ولا يقدر الاستحقاق قبل تمام البينة، فإنا لو قدرنا ذلك لكان المشترى هو الناقل له المستحق، والأصل عدم نقله إليه من المشترى، فيرجع بالثمن(١).

ويستثنى من هذه القاعدة صور:

منها: لو كان المرض مخوفًا، فتبرع ثم قتله إنسان أو سقط من سطح فمات أو غرق، حسب تبرعه من الثلث، كما لو مات بذلك المرض، حكاه فى زوائد الروضة عن البغوى(٢).

ومنها: لو ضرب على يده فتورمت، ثم سقطت بعد أيام وجب القصاص، حكاه الرافعى قبيل الديات عن البغوى أيضًا(٣).

* * *

الأصل فى الأشياء الإباحة أو التحريم أو الوقف

أقوال بناها الأصوليون على قاعدة التحسين والتقبيح العقليين على تقدير التنزل لبيان هدم القاعدة بالأدلة السمعية، وحينئذ فلا يستقيم تخريج فروع الأحكام على قاعدة ممنوعة فى الشرع. وما خرجه الماوردى فى النهر المشكوك فيه وغيره من صور السعر المجهول ونحوه ممنوع من الأصل، وكذا ما خرجه النووى فى النبات المجهول سمته، ومن أطلق من الأصحاب الخلاف، فينبغى حمله على أنه هل يجوز الهجوم ابتداء أم يجب الوقف إلى الوقوف على الأدلة الخاصة، فإن لم نجد ما يدل على تحريم فهو حلال بعد الشرع بلا خلاف(٤).

ونقل الرافعى فى الأطعمة من الحيوان المجهول أن ميل الشافعى، رضى الله عنه، إلى الحل(٥)، وأبى حنيفة إلى التحريم، وله مأخذ آخر سنذكره إن شاء الله تعالى فى حرف الحاء.

* * *

(١) انظر: مغنى المحتاج (٢/٥٢).
(٢) ذكره بنصه النووى فى زوائد الروضة عن البغوى (٦/١٣٠).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٥٤).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٠).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٧٦).

الأصل فى الإبضاع التحريم

فإذا تقابل فى المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة.

ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية كبيرة، فإنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، ولهذا كانت موانع النكاح تمنع فى الابتداء والدوام لتأيدها واعتضادها بهذا الأصل(١).

نعم لو اختلطت محرمه بنسوة غير محصورات، فإن له نكاح ما شاء منهن كيلا تتعطل مصلحة النكاح، وقد قال الخطابى: ولا يكره؛ لأنها رخصة من الله تعالى(٢).

* * *

الأصلى لا يعتد معه بالمعارض

ومن ثم لو انفتح له مخرج مع وجود الأصل لا ينقض، سواء انفتح تحت المعدة أو فوقها(٣).

* * *

الأصل فى أسباب الأحكام أن تتقدم على الأحكام

وقد يتقدم الحكم على سببه، وذلك إذا تلف المبيع قبل القبض، فهو من ضمان البائع، ولهذا كانت مؤنته عليه؛ لأنه ينفسخ قبل التلف؛ لتعذر اقترانه به، ولا يصح أن يكون بعد التلف؛ لأن حقيقة الانفساخ انقلاب الملكين بعد البيع، ولا يصح انقلاب الملكين بعد التلف؛ لأنه خرج عن أن يكون مملوكًا بعد هلاكه، فتعين انقلابه إلى ملك البائع قبل تلفه(٤).

* * *

الأصل فى العوض أن يكون معلومًا إلا عند الحاجة إليه

كما فى المساقاة(٥) والقراض، فإن الحاجة اغتفرت الجهالة بالعوض، ليكون ذلك حاثًا

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦١).

(٣) قال الإمام النووى فى زوائد الروضة: قلت: ذهب كثيرون من الأصحاب إلى أن فيه طريقين، الثانى على قولين. انظر: روضة الطالبين (١/٧٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٠١).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٢/٣١٣).

للعامل على العمل والتحصيل[١]، وقد تغتفر الجهالة فى معاملة الكفار كما فى صورة الصلح.

وكذلك تنفيل الإمام مما سيغتم من الوقعة، فإنه يجوز أن يكون مجهولاً[٢].

* * *

الأصول التى لها أبدال تنتقل إليها عند العجز مع القدرة على الأصل فى ثانى الحال

قسمها القاضى الحسين فى كتاب الحج من تعليقه إلى ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يتعلق بوقت يفوت بفواته، كمن دخل عليه وقت الصلاة ولم يجد الماء، له الانتقال إلى التيمم، وإن كان يرجو القدرة عليه فى ثانى الحال[٣].

ومنه الهدى فى حق المتمتع إذا عجز عنه ينتقل إلى الصوم، أو كان ماله غائبًا؛ لأنه تعلق بوقت يفوت بفواته[٤].

قلت: ومثله المحصر إذا وجد الثمن ولم يجد الهدى يصوم ولا يلزمه الصبر للضرورة[٥]، ومنه المال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة[٦].

الثانى: ما لا يتعلق بوقت ويفوت بفواته، ولا يتصور تأخيره ككفارة القتل واليمين والجماع فى الصوم، فلا يجوز له الانتقال منها إلى البدل إذا كان يرجو القدرة عليه عند وجود المال الغائب، بل يصبر حتى يجد الرقبة؛ لأن الكفارة على التراخى وبتقدير أن يموت فتؤدى من تركته، بخلاف العاجز عن الماء يتيمم؛ لأنه لا يمكن قضاء الصلاة لو مات[٧].

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٢/٣٢٦).

(٢) قال الخطيب: احتملت للحاجة. انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٤٠).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٨٩).

(٤) قال الرافعى: سواء كان له مال غائب فى بلده أو غيره أم لم يكن بخلاف الكفارة، فإنه يعتبر فى الانتقال إلى الصوم فيها العدم مطلقًا. والفرق أن بدل الدم موقت بكونه فى الحج، ولا توقيت فى الكفارة. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/١٨٦).

(٦) على الأصح؛ لأن ذمته تصير مشغولة فى الحال، وقال القاضى حسين: ولا يمنع ماله الغائب نكاحه الأمة. انظر: مغنى المحتاج (٣/١٨٤).

(٧) ذكره الرافعى بنصه فى باب الكفارات. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٩٧).

الثالث: ما يتصور فيه التأخير ككفارة الظهار، وفيها وجهان، أحدهما: يلزمه التأخير؛ لأنها ليست بمضيقة الوقت. والثاني: له الانتقال إلى البدل؛ لأنه يتضرر بالتأخير. قال الرافعي: وأشار الغزالي والمتولي إلى وجوب الصبر[١]، ولو كان واجدًا طول الحرة ولا يجد في القرية حرة، فهل له التزوج بالأمة، قال القاضي: لا يجوز على الظاهر. وقال الرافعي: قال الأصحاب: لو قدر على حرة غائبة إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة أو تلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها، فله نكاح الأمة، وإلا فلا[٢].

* * *

الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام؟

ويعبر عنها بأنه هل يجوز تغيير اللغة بالاصطلاح؟ وهل يجوز للمصطلحين نقل اللفظ عن معناه في اللغة بالكلية أو يشترط بقاء أصل المعنى ولا يتصرف فيه بأكثر من تخصيصه فيه؟.

قولان للأصوليين وغيرهم، والمختار الثاني.

ومن فروعها: لو اتفق الزوجان على ألف واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين، فالأظهر وجوب ألفين؛ لجريان اللفظ الصريح به. والثاني: الواجب ألف عملاً باصطلاحهما. قال الإمام: وعلى هذه القاعدة تجرى الأحكام المتلقاة من الألفاظ، فلو قال الزوج لزوجته: إذا قلت: أنت طالق ثلاثًا، لم أرد به الطلاق، وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي، أو أريد بالثلاث واحدة، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك، وقيل: الاعتبار بما توافقا عليه، حكاه عنه الرافعي في باب الصداق[٣].

وذكر الإمام في باب الإقرار: أنه لو عم في ناحية استعمال الطلاق في إرادة الخلاص والانطلاق، ثم أراد الزوج حمل الطلاق في مخاطبته زوجته على معنى التخلص وحل الوثاق، لم يقبل ذلك منه، والعرف إنما يعتبر في إزالة الإبهام لا في تغيير مقتضى الصرائح.

ومنها: لو قال: متى قلت لامرأتي: أنت عليّ حرام، فإني أريد به الطلاق، ثم قال لها بعد مدة: أنت عليّ حرام، فوجهان، أحدهما: أنه يحل محل الطلاق؛ لكلامه السابق.

---

(١) ذكره الرافعي بنصه. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٩٧).

(٢) ذكره في الروضة بنصه. انظر: روضة الطالبين (٧/١٢٩).

(٣) ذكره بنصه في أصل الروضة (٨/٢٧٤).

والثانى: أنه كما لو ابتدأ به لاحتمال أن نيته تغيرت، وصححه فى الروضة[١].

ومنها: لو كان له أمة، فقال: أريد أن ألقبها بالحرة وأجعل ذلك اسمها، ثم قال: يا حرة، ففى البسيط أن الظاهر أنها لا تعتق إذا قصد النداء.

ومنها: إذا قال: أريد أن أقر بما ليس علىّ لفلان على ألف. قال الشيخ أبو عاصم: لا يصح إقراره ولا شىء عليه، وقال صاحب التتمة: الصحيح لزومه كقوله: علىّ ألف لا تلزمنى[٢].

ومنها: لو أقر ثم قال: لم يكن إقرارى عن حقيقة، فله تحليفه، وقيل: لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً[٣].

ومنها: مسألة جدلية حكاها الحوارى فى النهاية: إنه إذا لم يكن فى اللفظ احتمال أصلاً، وعنى المستدل به شيئًا لا يحتمله لفظه، اختلفوا فيه، فمنهم من قال: لا تسمع العناية؛ لأن اللفظ لا يحتمله، فكيف يكون تفسيرًا للكلام.

قال: والحق أنه يسمع؛ لأن غايته أنه ناطق بلغة غير معلومة، ولكن بعدها عرف المراد وعرف اللغة، فلا يلجأ إلى المناظرة بالمعروفة.

* * *

الأصابع فى الصلاة لها ست حالات

إحداها: حالة الرفع فى تكبيرة الإحرام[٤] والركوع[٥] والرفع منه[٦] والقيام من التشهد الأول، فيستحب التفريق فيها[٧].

---

(١) أطلقهما الرافعى، والذى صححه النووى فى زوائد الروضة (٨/٣١).

(٢) ذكره بنصه فى الروضة نقلاً عن الشيخ أبى عاصم وصاحب التتمة. انظر: روضة الطالبين (٤/٣٩٨).

(٣) ذكر نظيره صاحب مغنى المحتاج (٤/٤٩٣).

(٤) قال فى الروضة: ويستحب كشف اليدين عند الرفع، وأن يفرق أصابعهما تفريقًا وسطًا. انظر: روضة الطالبين (١/٢٣١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١/٢٥٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٢٥٢).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٦).

الثانية: حالة القيام والاعتدال، فلا تفريق(١).

الثالثة: حالة الركوع يستحب تفريقها على الركبتين(٢).

الرابعة: حالة السجود يستحب ضمها وتوجيهها إلى القبلة(٣).

الخامسة: حالة الجلوس بين السجدتين، وفيها وجهان أصحهما كالسجود، والثانى: تركها على هيئتها(٤).

السادسة: التشهد، فاليمنى مضمومة الأصابع إلا فى المسبحة(٥)، وفى الإبهام خلاف، واليسرى مبسوطة(٦)، وفيها الوجهان فى الجلوس بين السجدتين، والصحيح ضمها(٧).

* * *

إعمال الكلام أولى من إهماله

ولهذا لو أوصى بطبل من طبوله وله طبل لهو وطبل حرب صح، وحمل على الجائز(٨)، نص عليه الشافعى، رحمه الله، وألحق به القاضى الحسين ما لو كان له زقان

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٢٥٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١/٢٥٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٢٥٩).

(٤) ذكر الرافعى قولاً واحدًا، فقال: ويستحب أن يضع يديه على فخذيه قريبًا من ركبتيه منشورتى الأصابع، ولو انعطفت أطرافها على الركبة فلا بأس، ولو تركهما على الأرض من جانبى فخذيه كان كإرسالهما فى القيام. انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٢).

(٦) قال الإمام النووى: وفيما يفعل بالإبهام والوسطى ثلاثة أقوال، أحدها: يقبض الوسطى مع الخنصر والبنصر، ويرسل الإبهام مع المسبحة. والثانى: يحلق بين الإبهام والوسطى. والقول الثالث، وهو الأظهر: أنه يقبضها أيضًا. انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٢).

(٧) الأشهر يفرج تفريجًا مقتصدًا ولا يؤمر بالتفريج الفاحش فى موضع ما. والثانى: يضمها ليتوجه إلى القبلة. انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٢).

(٨) قال الرافعى: فإن أطلق وقال: أعطوه طبلا من مالى ولم يكن له طبل يحل الانتفاع به، اشترى ودفع إليه. وإن قال: طبلاً من طبولى، فإن كان له طبل يحل الانتفاع به كطبل الحرب، وكان له أيضًا طبل لهو لا تصح الوصية به صحت الوصية ونزل على طبل الحرب ونحوه. انظر: روضة الطالبين (٦/١٥٦).

أحدهما خمر والآخر خل، فقال: أوصيت لزيد بأحدهما، يصح ويحمل على الخل.

وكذا لو قال لزوجته وحمار: إحداكما طالق، تطلق زوجته، بخلاف ما لو قال لها: ولأجنبية، وقصد الأجنبية يقبل على الصحيح[1]؛ لقبولها من حيث الجملة[2]. ولو قال: وقفت على أولادى لم يدخل فيه ولد الولد فى الأصح، فلو لم يكن له إلا أولاد أولاد حمل عليهم صونا للكلام عن الإهمال[3]. ومثله ما لو قال: زوجاتى طوالق، وليس له إلا رجعيات طلقن قطعًا، وإن كان فى دخولها فيهن مع وجود من هى فى حياله خلاف.

* * *

الإعراض عن الملك أو حق الملك

ضابطه أنه إن كان ملكًا لازمًا لم يبطل بذلك، كما لو مات عن ابنين، فقال أحدهما: تركت نصيبى من الميراث، لم يبطل حقه؛ لأنه لازم لا يترك بالترك، بل إن كان عينًا فلابد فيه من تمليك وقبول، وإن كان دينًا، فلابد من إبراء. وكذلك لو قال أحد الشريكين للآخر، أو رب الدين للمديون: تركت الدين إليك؛ لأن معناه تركت الخصومة، قاله فى التهذيب فى باب الصلح، وإن لم يكن كذلك، بل يثبت له حق التمليك صح، كإعراض الغانم عن الغنيمة قبل القسمة، بأن يقول: أسقطت حقى من القسمة، وكذا قبل فرز الخمس وقبل قسمة الأخماس الأربعة على الأصح.

ومن الأول: إعراض ذوى القربى؛ لأنه متعين له كالميراث يؤخذ بغير تعب. ومثله إعراض السالب فى الأصح ولا يصح إعراض الصبى والعبد عن الرضخ ولا إعراض السفيه عن السهم، ويصح إعراض المفلس عن السهم، وسيد العبد عن الرضخ.

وقال الرافعى فى باب الفىء: إن أحد المرتزقة إذا أعرض بعد جمع المال وانقضاء الحرب لا يسقط حقه بالإعراض عنه على الظاهر.

---

(١) قال الخطيب الشربينى: عبر فى الروضة بالصحيح المنصوص؛ لأن الكلمة مترددة بينهما محتملة لهذه ولهذه، فإذا قال: عينتها صار كما لو قال للأجنبية: أنت طالق.
الثانى: لا يقبل وتطلق زوجته؛ لأنها محل الطلاق، فلا ينصرف عنها إلى الأجنبية بالقصد. انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٠٤).

(٢) الثانى: يدخلون. والثالث: يدخل أولاد البنين دون أولاد البنات، وهذا الخلاف عند الإطلاق، وقد يقرن باللفظ ما يقتضى الجزم بخروجهم، كقوله: وقفت على أولادى، فإذا انقرضوا فلأحفادى الثلث والباقى للفقراء. انظر: روضة الطالبين (٥/٣٣٥).

(٣) قال فى الروضة: قاله المتولى وغيره. انظر: روضة الطالبين (٥/٣٣٦).

ولو قال عامل القراض: تركت حقى من الربح لرب المال، قال الإمام: إن قلنا: يملك حصته بالظهور، لم يسقط حقه بالإسقاط حتى يجرى فيه التمليك كما فى غيره من الشركاء، وإن قلنا بالقسمة، ففى سقوط حقه من غير رب المال وجهان، أحدهما: نعم؛ لأنه حق تملك وليس بحقيقة ملك يسقط كما يسقط حق الغانم بالترك والإعراض قبل القسمة.

والثانى: لا يسقط؛ لأنه حق تأكد وليس عقدًا يفسخ، وليس كالغنيمة، فإن الغنائم ليس مقصود الغزاة، وإنما قصدهم إعلاء كلمة الله تعالى.

ولو اشترى دابة وأنعلها ثم علم عيبًا قديمًا، وفى نزعه تعييب فردها مع النعل، أجبر البائع على القبول، وهل هو تمليك من المشترى، فيكون للبائع لو سقط أو مجرد إعراض لقطع الخصومة، فيكون للمشترى؟ وجهان، أصحهما الثانى[1]. ومثله بيع الأرض وفيها حجارة فى قلعها ضرر إذا قال البائع: تركتها للمشترى[2].

ويستثنى صور يزول الملك فيه بالإعراض:

إحداها: فى المحقرات، كما إذا أعرض عن كسرة خبز، فهل يملكها من أخذها فيه وجهان، أرجحهما فى الروضة. نعم قال: ويصح تصرفه فيها بالبيع وغيره، وهو ظاهر أحوال السلف. وقال الإمام: هذا الخلاف فى زوال الملك. وما فعله إباحة للطاعم فى ظاهر المذهب[3].

الثانية: لو التقط حقيرًا يملكه بعد تعريفه زمنًا يعلم أن صاحبه يعرض عنه غالبًا[4].

---

(١) قال الرافعى: لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبًا قديمًا نظر إن لم يعبها نزع النعل، فله نزعه والرد، فإن لم ينزع والحالة هذه لم يجب على البائع قبول النقل، وإن كان النزع يخرم ثقب المسامير، ويعيب الحافر فنزع بطل حقه من الرد والأرش، وفيه احتمال للإمام: ولو ردها مع النعل أجبر البائع على القبول، وليس للمشترى طلب قيمة النعل، ثم ترك النعل هل هو تمليك من المشترى، فيكون للبائع لو سقط أم إعراض فيكون للمشترى وجهان أشبههما الثانى. انظر: روضة الطالبين (٣/٤٨٥).

(٢) بناهما الرافعى فى هذه المسألة على مسألة ترك نعل الدابة المردودة بالعيب، فقال: إن قال تركتها للمشترى، فهل هو تمليك للمشترى أم مجرد إعراض لقطع الخصومة وجهان كالوجهين فى ترك نعل الدابة المردودة بالعيب أصحهما الثانى. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٤٣).

(٣) ذكره بنصه فى زوائد الروضة (٣/٢٥٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٤١٠).

الثالثة: خروجه عن المالية، كما لو أراق الخمر فأخذها رجل، فتخللت عنده، أو ألقى جلد الميتة فأخذه آخذ فدبغه ملكه، وليس للمعرض استرداده على الأصح فى زوائد الروضة فى باب الغصب[١]، بل أولى؛ لأنه لم يكن ملكًا للأول، وإنما كان له نوع اختصاص، والاختصاص المجرد يضعف بالإعراض، والوجهان تفريع على الأصح فى أن من غصب جلد ميتة ودبغه يكون الجلد للمالك، فإن قلنا للغاصب ملكه الآخذ هنا قطعًا[٢]. ولو نزل عن دابته التى أعيت بمكان رغبة عنها، فأخذها رجل وعالجها حتى صلحت، فعن الإمام أحمد أنها لمن أحياها[٣].

وقال مالك، رحمه الله: لصاحبها وعليه ما أنفق. وعن الشافعى، رحمه الله: أنها للمالك وهو متبرع بالنفقة؛ لأن الملك فى مثل ذلك لا يزول بالإعراض، ذكره بعض الأقدمين من شراح التنبيه. وفى فتاوى النووى: هذه الحجارة الملقاة بين الأزقة، هل يحل لأحد أخذها والبناء بها؟ نعم يجوز إن كانت تركت رغبة عنها، ومنه يعلم أنها لو تساقطت من البناء ولم يعلم بها المالك كما هو الغالب، لا يحل أخذها أو أنها كانت من ملك يتيم أو وقف لا يجوز.

* * *

الإقرار

قال ابن خيران فى اللطيف: إقرار الإنسان على نفسه مقبول، وعلى غيره غير مقبول إلا فى خصلة واحدة، وهو إذا أقر جميع الورثة بوارث ثبت نسبه ولحق بمن أقروا عليه. قال: وكل من أقر بشىء يضر به غيره فلا يقبل إقراره، إلا فى خصلة واحدة، وهو أن العبد إذا قتل أو قطع أو سرق، فإن إقامة الحد عليه ضرر سيده، وكل من أقر بشىء ثم

(١) قال: وقطع به الشيخ أبو حامد وغيره فى الجلد. انظر: روضة الطالبين (٥/٤٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٥).

(٣) قال الشيخ البهوتى الحنبلى: ومن ترك دابة لا عبدًا أو متاعًا بمهلكة أو فلاة لانقطاعها بعجزها عن مشى أو عجزه، أى مالكها، عن علفها بأن لم يجد ما يعلفها فتركها ملكها آخذها لحديث الشعبى مرفوعًا: «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها فسيبوها فأخذها فأحياها فهى له». قال عبد الله بن محمد بن حميد بن عبد الرحمن: فقلت، يعنى للشعبى: من حدثك بهذا؟ قال: غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ. رواه أبو داود والدارقطنى. وفى القول: يملكها إحياؤها وإنقاذها، ولأنها تركت رغبة عنها أشبه سائر ما يترك رغبة عنه. انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/٤٧٢).

رجع عنه، فإنه لا يقبل رجوعه إلا فيما كان حدًا لله تعالى.

وقال المرعشى فى الترتيب: لفظتان إذا أقر بهما صاحب الحق اختلف حكمهما إن قال: برئت إلى من المال، فهو مقر بقبضه، وإن قال: قد أبرأتك فليس فيه إقرار بقبض، وهو إبراء. وهاتان اللفظتان من الوكيل والوصى مختلفتان، فإن قال أحدهما: المطلوب قد برئ إلى كان إقرارًا بالقبض، وإن قال: قد أبرأتك، لم يبرأ من المال.

* * *

الإكراه يتعلق به مباحث

الأول: إنه يسقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى(١).

ولهذا يباح له التلفظ بكلمة الكفر(٢)، وشرب الخمر(٣)، والإفطار(٤)، وإتلاف مال الغير(٥)، والخروج من الصلاة(٦)، ولا ينعقد يمين المكره، ولا يحنث بالإكراه على الفعل بعد عقدها اختيارًا فى الأظهر(٧)، وحيث أبيح التلفظ بكلمة الكفر، فيشترط أن يكون قلبه مطمئنًا بالإيمان. قال الماوردى: وهل يشترط أن يستحضر البقاء على الإيمان حالة التلفظ بالكفر أو يكفى استصحاب الحكم؟ وجهان.

وقد استثنى فى البسيط خمس مسائل:

إحداها: الإكراه على القتل لا يبيحه، ويجب القصاص فى الأظهر(٨).

الثانية: الإكراه على الزنى إن قلنا: يتصور الإكراه عليه، فإنه لا يحل به، وإن أسقط

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).

(٢) قال العلامة السيوطى: التلفظ بكلمة الكفر يباح للآية ولا يجب، بل الأفضل الامتناع مصابرة على الدين واقتداء بالسلف، وقيل: الأفضل التلفظ، صيانة لنفسه، وقيل: إن كان ممن يتوقع منه النكاية فى العدو والقيام بأحكام الشرع فالأفضل، التلفظ لمصلحة بقائه وإلا فالأفضل الامتناع. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٦).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٧).

(٦) قال العلامة السيوطى: وهو كالفطر. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٧).

(٧) انظر: مغنى المحتاج (٤/٣٤٤).

(٨) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).

الحد، والفرق بينه وبين كلمة الكفر أن التلفظ بالكفر لا يوجب وقوع مفسدة الكفر، إذ الكفر الذى يوجب المفسدة إنما هو الكفر بالقلب، بخلاف الزنى والقتل، فإنه يوجب المفسدة(١).

الثالثة: الإكراه على الإرضاع يثبت التحريم(٢).

الرابعة: إكراه الحربى والمرتد على الإسلام يصح بخلاف الذمى والمستأمن(٣).

الخامسة: تعليق الطلاق على دخول الدار فى وجه(٤).

قال النووى: والاستثناء فى الحقيقة يرجع إلى الإسلام فقط، وإلى القتل على قول، وأما ما عداه فيشبه عدم تصور الإكراه أو عدم اشتراط القصد، ثم أورد على الحصر إكراه الصائم على الأكل لا يفطر فى الأصح(٥)، وإكراه المصلى على الكلام يبطل فى الأصح(٦)، وإكراه المصلى حتى فعل أفعالاً كثيرة تبطل صلاته قطعًا(٧)، والإكراه على التحول عن القبلة(٨) أو على ترك القيام فى الفريضة مع القدرة، فصلى قاعد تلزمه الإعادة(٩).

قلت: وكذا الإكراه على الحدث. وحكى الرافعى عن الحناطى وجهين فى انتقاض الوضوء بمس الذكر ناسيًا(١٠)، فلا يبعد أن يقال بجريانهما مع الإكراه، والأحسن أن يقال فى الضابط: لا أثر؛ لقول المكره بغير حق، إلا فى الإكراه على الكلام فى الصلاة(١١)، وعلى طلاق زوجة المكره، بالكسر(١٢)، أو بيع ماله، أو عتق عبده ففعل

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٧).، روضة الطالبين (٩/١٤٢).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).
(٥) صححه الرافعى فى المحرر. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤).
(٦) قال فى الأشباه بندوره. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).
(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).
(٨) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).
(٩) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤).
(١٠) حكاهما الرافعى فى الشرح الكبير. انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع شرح المهذب (٢/٣٥).
(١١) انظر: روضة الطالبين (١/٢٩٠).
(١٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٥).

صح[١]. قال القاضي الحسين: والإكراه على الأذان والتكبير والإحرام.

ولو قال: اقذفني وإلا قتلتك، ففعل لا يحد، كما لو قال: اقطع يدي[٢]. قال في التهذيب: والصحيح وجوبه بخلاف القصاص؛ لأنه يستعين بغيره في قتل نفسه أو قطعه، ولا يستعان بالغير في القذف، فيجعل القاذف متعديًا[٣]. قال الرافعي: والصواب لا حد ولا أثر لفعله إلا في الرضاع والحدث والتحول عن القبلة والأفعال الكثيرة في الصلاة، وترك القيام في الفريضة مع القدرة، وكذا القتل في الأصح[٤]، وكذا الإكراه على إتلاف مال الغير أو أكله يضمنه، وإن كان القرار على المكره في الأصح[٥].

وكذا المودع يكره على تسليم الوديعة يضمنها في الأصح[٦]، ولو أكره مجوسي مسلمًا على ذبح شاة أو محرم حلالاً على ذبح صيد فذبحاه حل[٧]، وكذا لو أكره على الرمي إلى الصيد ففعل. وذكر الرافعي تفقهًا أنه لو أكره مسلم مسلمًا على الذبح إن اعتبرنا فعله وعلقنا به القصاص، حلت الذبيحة.

قال: وكذا إن جعلناه آلة له أيضًا، وقضيته أنا إذا جعلناه آلة لا تحل ذبيحته فيما سبق من صورتي إكراه المجوسي المسلم والمحرم الحلال، وفي البناء على مسألة القتل نظر، والمأخذ مختلف، ويظهر أنه لو كان يكره المجوسي والمحرم عجميًا يرى طاعة أمره حتمًا أن لا تحل ذبيحته قطعًا؛ لأنه آلة لا محالة.

ومنها: لو أكره المحرم على الوقوف بعرفة في وقته، أو على الرمي، أو على الطواف والسعي ونحوه فيما يظهر.

ومنها: لو أكره على غشيان أمته، فأحبلها صارت أم ولد ولحقه النسب، وكذا على وطء زوجته حصل الإحصان واستقر به المهر، وأحلها للمطلق قبله ثلاثًا، أو على الزنا،

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٩١).

(٢) والثاني يجب؛ لأن القطع مباح في الجملة، فقد يكون مستحق القطع، وأما القذف فلا يباح. انظر: روضة الطالبين (٨/٣٢٦).

(٣) عقب عليه النووي في زوائد الروضة، قال: هذا الذي قاله البغوي عجب، والصواب أنه لا حد. انظر: روضة الطالبين (٩/١٣٨).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٩/١٣٥).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٣/٨٨)، الأشباه والنظائر (١/٢٠٤).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤)، زوائد الروضة (٣/٢٣٨).

وقلنا: يتصور الإكراه فيه ترتب عليه حرمة المصاهرة، ولحوق النسب[١].

ولو أكره على وطء زوجة ابنه، فهل ينفسخ نكاح ابنه؟ فيه نظر، وقياسه كما قاله القاضى الحسين فى المجنون يطأ زوجة ابنه: أنها تحرم عليه أن يكون هنا كذلك. ولو أكره على وطء الجارية المشتركة وأحبلها، فهل يجب عليه المهر لشريكه المكره وقيمة الولد أو لا؟ لأنه الحامل له، فيه نظر.

ومنها: الإكراه على فروض الكفايات، فلو أكره على غسل ميت صح، أشار إليه الفورانى فى العمد فى كتاب السير، قال: ولا أجرة فيه؛ لأنه يؤدى فرضه، وذكر فى زوائد الروضة فى آخر باب الإجارة أنه لو أكره الإمام على غسل ميت، فلا أجرة له؛ لأن غسله فرض كفاية، فإذا فعله بأمر الإمام وقع عن الفرض، ولو أكرهه بعض الرعية، فله أجرة المثل؛ لأنه مما يستأجر عليه، قاله القاضى الحسين وغيره، وذكر فى كتاب السير أنه إن عين الإمام أحد الرعية لدفن ميت وتجهيزه، فلا أجرة له إلا أن يكون للميت تركة، أو فى بيت المال متسع، فيستحق الأجرة[٢].

ولو أكره المسلم على الجهاد، فلا أجرة له. وقال البغوى: يستحق إن لم يتعين عليه من حين خروجه إلى حين حضور الصف، واستحسنه الرافعى[٣] والنووى[٤]. ولو أكره العبد، فلسيده الأجرة من يوم الإخراج إلى يوم رجوعه إلى سيده، قاله البغوى. وقال الرافعى: ينبغى بناؤه على الوجهين إنه من أهل الفرض أم لا؟ إن جعلناه من أهل الفرض، التحق بالحر[٥].

ولو أكره ذمى على الجهاد، فله أجرة المثل، فإن حضر ولم يقاتل، فلا أجرة له فى الأصح؛ لأن المنفعة لم تحصل[٦]، ولو خلى الإمام سبيل المقهورين من قبل الصف، فلا أجرة لهم فى الأصح، للمضى ولا للعودة، وإن تعطلت منافعهم؛ لأن منفعة الحر إنما تضمن بالتفويت والاستيفاء[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢٠٥/١).

(٢) ذكره بنصه فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين (٢٦٦/٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٤١/١٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢٦٦/٥).

(٥) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٢٤١/١٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٢٤٢/١٠).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٢٤٢/١٠).

ومنها: لو أكرهه على غسل نجاسة أو جلد ميتة طهر لا محالة[١]، وكذا تخليل الخمر بلا عين[٢].

ومنها: لو أكره المعذور بترك الجهاد على الخروج، فخرج مكرهًا وحضر الوقعة، فالظاهر أنه يسهم له أو يرضخ[٣].

ومنها: لو أكره المتصارفان على التفريق قبل التقابض بطل العقد، قاله الصيمرى فى الإيضاح، وقياسه فى رأس مال السلم كذلك[٤]، وهذا بخلاف إكراه أحد المتبايعين على المفارقة من مجلس الخيار لا ينقطع فى الأصح[٥].

الثانى: هذا إذا لم يقصد الفعل وأتى به لداعية الإكراه. قال المحاملى فى المجموع: الإكراه يرفع حكم الطلاق والعتق والبيع، فلا يلزم به شىء مع الإكراه إلا أن يقر بأنه أراد اللفظ، فيقع إطلاقه، وإن لم يرد الإيقاع؛ لأن المعتبر فى وقوع الطلاق إرادة اللفظ فقط. وحكى الأصحاب فيما لو قصد المكره إيقاع الطلاق، قيل: لا يقع؛ لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ، ومجرد النية لا تدل، والأصح الوقوع إذ لا يبعد اختيار ما أكره عليه فى الظاهر، فعلى هذا صريح الطلاق كناية عند الإكراه كالكناية عند الاختيار إن نوى وقع وإلا فلا[٦].

الثالث: ما يلزم الشخص فى حال الطواعية يصح مع الإكراه، وما لا فلا، وإن شئت فقل: ما أكره عليه إن كان بحق صح، أو بغير حق فلا[٧].

ومن ثم صح إكراه الإمام بعض المكلفين للقيام بفرض الكفاية، ويقع الموقع[٨]، وصح إكراه الحربى على الإسلام[٩]، ولم يصح إكراه الذمى فى الأصح؛ لأنه يقر على كفره بالجزية[١٠].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٤١).

(٤) نقله السيوطى عن المصنف فى الأشباه. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤).

(٦) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٨/٥٨).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٦).

(٨) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٦).

(٩) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤)، روضة الطالبين (٨/٥٦).

(١٠) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٤)، روضة الطالبين (٨/٥٦).

قال الإمام: وإذا نطق الحربى بالشهادتين تحت السيف حكم بإسلامه، فإنه إكراه بحق اتفق على هذا الطريق، مع ما فيه من الغموض من طريق المعنى، فإن كلمتى الشهادة نازلتان فى الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار، والظاهر من المحمول عليها بالسيف أنه كاذب فى إخباره.

قال صاحب البحر: لو أكره الذمى أو الحربى على الإقرار بالإسلام فأقر لم يصح؛ لأنه لا يجب على المسلم إكراه واحد منهما على الإقرار بالإسلام، وإنما يجب إكراه الحربى على إنشاء الإسلام. انتهى.

ومن هذا لا يصح أمان الأسير لمن أسره، وكذلك لغيره فى الأصح؛ لأنه مقهور معهم، وإذا لم ينفذ أمان المكره علينا، ففى نفوذه فى حق نفسه وجهان[(١)]. قال الغزالى: نعم فعلى هذا لا يجوز له اغتيالهم، كما لو دخل تاجرًا أو مستأمنًا، والأصح فى الروضة المنع[(٢)]؛ لأن التاجر يخلى من أيديهم بخلاف هذا، ويتصور الإكراه بحق فى صور غير ما سبق.

منها: ما لو نذر عتق عبد بعينه، ثم امتنع من إعتاقه، فأكره حتى أعتقه نفذ عتقه، قاله فى البحر، وجعله من الإكراه بحق، ومثله ما إذا اشترى عبدًا بشرط العتق، وقلنا: الحق لله تعالى[(٣)].

ومنها: المولى إذا امتنع من الوطء والطلاق، وقلنا: القاضى لا يطلق عليه، فأكرهه الإمام على الطلاق وقع؛ لأنه إكراه بحق، كذا قاله المتولى. قال: إلا أن ذلك فى طلقة، فلو أكرهه على الثلاث، وقلنا: الإمام لا ينعزل بالفسق، وقعت واحدة، وحكم الزائد على ما ذكرنا، أى فيلغو، وإن قلنا: ينعزل أو كان الحاكم هو الذى أكرهه، فهو كمن أكرهه ظالم؛ لأن إكراهه إنما لا يمنع الحكم مادام بالحق، فإذا انعزل لم تبق له ولاية[(٤)].

واستشكل الرافعى هذه الصورة، قال: ليس على المولى إكراه يمنع مثله الطلاق حتى يقال: إنه لا يقع الطلاق؛ لأنه إكراه بحق؛ لأنه لا يؤمر بالطلاق على التعيين، وإنما يؤمر بالفيئة أو الطلاق[(٥)].

---

(١) أصحهما المنع. انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٨٠)

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٨٠).

(٣) نقله بنصه صاحب الأشباه. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٠٦).

(٤) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٨/٥٦).

(٥) لم يستشكله فى موضعه ولكن ذكر معناه فى باب الإيلاء. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٥٥).

ومنها: إذا امتنع المدين من الوفاء فللقاضى أن يكرهه على بيعه أو فاء الدين، وله أن يبيعه بغير إذنه، حكاه النووى عن الأصحاب(١)، وقد ينفذ، وإن لم يكن بحق إذا كان المكره هو المتصرف، كما لو قال: طلق زوجتى وإلا قتلتك، فطلقها وقع على الصحيح؛ لأنه أبلغ فى الإذن، وقيل: لا يقع؛ لسقوط حكم اللفظ بالإكراه، كما لو قال لمجنون: طلقها، فطلقها(٢).

الرابع: الإكراه لا تأثير له فى المباح، وكذلك على ترك الحرام والمكروه والمندوب، وإنما يجىء فى ترك الواجب وفى فعل الحرام، كالكفر والقتل والزنى والشرب، ولا أثر له فى إيقاع الواجب(٣)، ومن ثم لو أكره حتى وطء زوجته استقر عليه كل المهر، ويسقط به الوجوب إذا قلنا: يجب عليه الوطء مرة(٤)، ولو أكره المضطر حتى أكل طعام الغير تعلق الضمان به(٥)، وكذا لو أكره حتى باع ماله ليتقوى به، أو أكره حتى عتق العبد الذى نذر عتقه(٦)، وكذا العبد المشروط عتقه فى البيع(٧).

الخامس: كل قرينة إذا ادعاها المختار يدين بها فى الباطن إذا ادعاها المكره يقبل منه ظاهرًا.

فمنه: إذا أكرهه على طلاق زوجته فاطمة، وشرطنا الفورية، فقال: فاطمة طالق، ثم قال: أردت فاطمة أخرى غير زوجتى، أو نوى طلاقًا من وثاق لم يقع ظاهرًا قطعًا بخلاف المختار ينوى ذلك لا يصدق؛ لمخالفته الظاهر من غير قرينة(٨).

ومنه: أن المختار إذا أقر بالطلاق كاذبًا لم تطلق باطنًا، ولو ادعى أنه كذب فى إقراره لم يصدق، ولو أكره على الإقرار ثم زعم أنه كان كاذبًا صدق؛ لأن الإكراه على الإقرار يغلب على الظن صدقه فى دعوى الكذب.

---

(١) قال النووى: قال القاضى أبو الطيب والأصحاب: إذا امتنع فالحاكم بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه. انظر: روضة الطالبين (١٣٧/٤).

(٢) ذكره فى الروضة بنصه (٥٨/٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٤٢/٩).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢٠٥/١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢٠٧/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢٠٦/١).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢٠٦/١).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٥٧/٨).

ويستثنى من هذا الضابط مسألة واحدة على نظر، وهى ما لو طلقها المكره، وقال فى نفسه: إن شاء الله تعالى، فإنه لا يقع مع أنه لا يقبل ذلك من المختار، بل يقع ظاهرًا أو باطنًا(١).

السادس: قطع الأصحاب بأنه لا يصح من المكره عقد ولا حل فى البيع والطلاق والإعتاق ونحوها، ويقع فى كلامهم كثيرًا فى الطلاق(٢) والإيمان(٣) وغيرهما، فيه قولا المكره، وهذا غير ما جزموا فيه، وموضع الجزم ما يوقعه المكره تنجيزًا حالة الإكراه وموضع القولين الإكراه على إيقاع فعل سبق تعليق الطلاق عليه فى حالة الاختيار، كأن يقول فى حالة اختياره: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم يكره على دخولها(٤).

السابع: إذا لم يكن للمكره فعل لم يتعلق به حكم قطعًا غالبًا، وإن كان له فعل فقولان، ومن ثم لو أوجر الصائم الطعام لم يفطر قطعًا(٥)، وأغرب الحناطى بحكاية خلاف، وإن أكره حتى أكل فقولان(٦)، ولو وطء زوجته من غير تمكينها لم تفطر، وإن ضربها حتى مكنت فقولان(٧)، ولو حلف لا يدخل دارًا فحمل وأدخلها لم يحنث، وإن ضرب حتى دخلها فقولان(٨)، ولو أكره المودع لص متغلب على دفع الوديعة وأخذها

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٨/٥٧).

(٢) قال الرافعى: إذا علق الطلاق بفعل شىء ففعله وهو مكره أو ناس للتعليق، أو جاهل به ففى وقوع الطلاق قولان، وذكر صاحب المهذب والرويانى وغيرهما أن الأظهر فى الأيمان أنه لا يحنث الناسى والمكره. انظر: روضة الطالبين (٨/١٩٢).

(٣) قال الرافعى فى الأيمان: لا يحنث وممن صححه أبو حامد القاضى والشيخ وابن كج والرويانى وغيرهم. وقال ابن سلمة: لا حنث قطعًا، وقيل: الناسى أولى بالحنث من المكره، وقيل عكسه، وقيل: الجاهل أولى بالحنث من الناسى، وقال القفال: يحنث فى الطلاق دون اليمين، هو ضعيف، فالمذهب ما سبق. انظر: روضة الطالبين (١١/٧٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٨/١٩٢).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٣٠).

(٦) الأظهر أنه يفطر؛ لأنه حصل من فعله لدفع الضرر عن نفسه، فأفطر به كما لو أكل لدفع الضر والجوع، قلت، أى النووى: الأظهر لا يفطر، والله أعلم؛ لأن حكم اختياره ساقط بخلاف من أكل خوفًا على نفسه فأشبه الناسى، بل هو أولى منه؛ لأنه مخاطب بالأكل لدفع ضرر الإكراه عن نفسه، والناسى ليس مخاطب بأمر ولا نهى. انظر: مغنى المحتاج (١/٤٣٠).

(٧) بناهما فى الروضة ومغنى المحتاج على القولين فى الإكراه على الأكل. انظر: روضة الطالبين (٢/٣٦٣)، مغنى المحتاج (١/٤٣٠).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١١/٧٩).

منه بغير اختياره، فلا ضمان عليه قولاً واحدًا[١]، وإن أكره على تناولها ودفعها إليه أو دله عليها فوجهان، بناء على القولين فى إكراه الصائم على تناول المفطر بنفسه، قاله المحاملى فى المقنع، والماوردى فى الحاوى وغيرهما[٢].

ولو حلف لا يشرب فأوجر فى حلقه حتى صار فى جوفه لم يحنث، قطع به الرافعى[٣]، ولو أكره حتى تناوله فقولان[٤].

ويستثنى من القطع فيما لا فعل فيه صورتان:

إحداهما: إذا تعلق به مصلحة له، كما إذا كان مغمى عليه فأوجر معالجة وإصلاحًا له، وقلنا: لا يبطل الصوم بالإغماء، ففى بطلانه بهذا الإيجار وجهان، أصحهما لا يفطر[٥]. قال الرافعى: ونظيره إذا عولج المحرم المغمى عليه بدواء فيه طيب، هل تجب الفدية[٦].

الثانية: لو أوجر المالك طعامه المضطر قهرًا أو أوجره وهو مغمى عليه، فهل يستحق القيمة عليه؟ وجهان أحسنهما عند الرافعى نعم؛ لأنه خصه من الهلاك، فصار كما لو عفا عن القصاص[٧].

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٣/٨٨)، الحاوى الكبير للماوردى (٨/٣٧٦).

(٢) قال الماوردى: أحدهما: وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لا ضمان؛ لأنه لا يلزمه أن يقى حال غيره بنفسه كما لو صال عليه، فحل فغلبه.
الوجه الثانى: وهو قول أبى إسحاق المروزى أنه ضامن لها؛ لأنه ليس له أن يقى نفسه بمال غيره، كما لو ألقى فى البحر مال غيره.
وقد جعل هذان الوجهان بناء على الوجهين فى الصائم إذا أكره على الفطر فأكل بنفسه وتخريجًا من القولين فى المكره على القتل، فعلى هذين الوجهين لو امتنع من دفعهما وحلف إنكارًا لها، فإن جعلناه ضامنًا للدفع كانت يمينه يمين مكره لا يتعلق بها حنث، وإن لم نجعله ضامنًا بالدفع حنث. انظر: الحاوى الكبير (٨/٣٧٦).

(٣) ذكره الرافعى فى الأيمان. انظر: روضة الطالبين (١١/٤٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١١/٧٩).

(٥) ذكره فى مغنى المحتاج (١/٤٣٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/١٣١).

(٧) قال: أحسنهما يستحق؛ لأنه خلصه من الهلاك، كمن عفا عن القصاص، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٨).

الثامن: إيجاب الشرع ينزل منزلة الإكراه فيما لو حلف ليطأن زوجته الليلة فوجدها حائضًا لا يحنث، كما لو أكره على ترك الوطء[١]. ولو قال: إن لم تصومي غدًا فأنت طالق، فحاضت فوقوع الطلاق على الخلاف في المكره[٢]. قال الرافعي في كتاب الطلاق: نعم لو حلف لا يحلف يمينًا مغلظة، فوجب عليه يمين، وقلنا بوجود التغليظ حلف وحنث.

ولو كان له عبد مقيد فحلف بعتقه أن في قيده عشرة أرطال وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال، وحكم القاضي بعتقه، ثم حل القيد فوجد فيه عشرة أرطال. قال ابن الصباغ: لا شيء على الشاهدين؛ لأن العتق حصل بحل القيد دون الشهادة، لتحقق كذبهما، حكاه الرافعي في أواخر كتاب العتق[٣].

التاسع: الإكراه هل يكون إذنًا مؤكدًا أو لا؟ قالوا فيما لو أكرهه على طلاق زوجة المكره فطلق وقع في الأصح[٤]؛ لأنه إذن وزيادة. قال القاضي الحسين: وكذا لو أكرهه على بيع ماله صح، كما لو أذن له فيه، ولو وكله بطلاق زوجته ثم أكره الوكيل على الإيقاع، ففي البحر فيه احتمالان، أحدهما: يقع؛ لأن المالك مختار، وأصحهما لا؛ لعدم اختيار المباشر.

وحكى الرافعي في آخر كتاب الطلاق عن أبي العباس الروياني: لو قال: إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق، فأخرجها هو هل يكون إذنًا؟ القياس المنع[٥]، والظاهر أن هذه الصورة فيما إذا أخرجها وهي مختارة، ووجه المنع أن الإذن لابد فيه من لفظ، أما إذا أكرهها، فإن أوقعنا طلاق المكره فعلى الوجهين السابقين، وإلا لم يقع؛ لأنها لم تخرج وإنما أخرجت.

وذكر أيضًا في كتاب الطلاق أنه لو قال: إن أخذت حقك مني فأنت طالق، فأكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه، فعلى القولين في فعل المكره، وقضيته ترجيح عدم الحنث، والمتجه خلافه؛ لأنه إكراه بحق[٦].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٨/٢٠٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٢٠٦).

(٣) ذكره بنصه في الروضة (١٢/١٥٦).

(٤) لأنه أبلغ في الأذن، وقيل: لا يقع لسقوط حكم اللفظ بالإكراه. انظر: روضة الطالبين (٨/٥٨).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٨/٢٠٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٨/١٩٥، ١٩٦).

وذكر فى كتاب الجنايات فيما إذا أكره شخصًا على قتل نفسه فقتله أنه يكون إذنًا فى القتل حتى لا يجب به القصاص[١].

* * *

الإمام هل يلحق بالولى الخاص

قد نزلوه منزلته فيما لو لم يكن للمقذوف الميت وارث خاص، فإنه يقيم الحد على الأصح[٢]، وكذلك فى استيفاء القصاص[٣]، وهل له العفو إلى الدية كالوارث؟ وجهان أصحهما نعم[٤].

وكذلك فى الاستلحاق، إذا لم يكن له وارث معين وكأنه بناء على القول بتوريث بيت المال ويتجه مثله فى إجازة الإمام وصية من أوصى بكل ماله ولم ينزلوه منزلته فيما لو أذنت فى تزويجها من غير كفء نفعل لا يصح فى الأصح[٥].

* * *

إمكان الأداء شرط فى استقرار الواجبات فى الذمة

فلا يحكم بالوجوب قبله وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، فلو طرأ عذر بعد الزوال وقبل التمكن من الفعل، لم يثبت الظهر فى ذمته، خلافًا للبلخى[٦].

وكذلك الصوم لو بلغ الصبى مفطرًا فى أثناء يوم من رمضان، أو أسلم فيه كافرًا، أو

---

(١) قال فى الجنايات: ففى وجوب القصاص قولان، أظهرهما: لا يجب، فإن أوجبناه فعفى عنه على مال وجب جميع الدية، وإن لم، ويجرى القولان. انظر: روضة الطالبين (١٣٧/٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٢٦/٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢١٤/٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٣٦/٥).

(٥) قال الرافعى: لو كان الذى يلى أمرها السلطان، فهل له تزويجها بغير كفء إذا طلبته؟ قولان أو وجهان، أصحهما المنع؛ لأنه كالنائب فلا يترك الحظ. انظر: روضة الطالبين (٨٤/٧).

(٦) صورة المسألة إذا كان الماضى من الوقت لا يسع تلك الصلاة، فلا يجب على المذهب، وبه قطع الجماهير، وقال أبو يحيى البلخى وغيره من أصحابنا: حكم أول الوقت حكم آخره، فيجب القضاء بإدراك ركعة أو تكبيرة على الأظهر وغلطه الأصحاب، أما العصر، فلا يجب بإدراك الظهر ولا العشاء بإدراك المغرب، ولو أدرك جميع وقتها على الصحيح الذى عليه الجماهير. انظر: روضة الطالبين (١٨٩/١).

طهرت فيه حائض لا يلزمهم القضاء فى الأصح[١]، وكذلك القضاء لو دام عذر المريض حتى مات لم يكفر عنه[٢]. وكذلك الحج إمكان السير شرط فى الوجوب، وهو أن يبقى من الوقت ما يمكنه فيه السير قبل فعل الحج، فلو أيسر وضاق الوقت ثم مات لا يثبت فى ذمته[٣].

وخرج عن هذا الأصل الزكاة، فالجديد أن الإمكان فيها من شرائط الضمان خاصة لا الوجوب، بدليل أنه لو تلف المال بعد الحول وقبل التمكن من الأداء لا تسقط الزكاة، ولو للوجوب لسقطت كما لو تلف قبل الحول[٤]، ومن قال بهذا اعتذر عن سائر العبادات بأن الزكاة حق مالى، فوجوبها أوسع، وبأنا نقول: وجبت الصلاة بالزوال، ولكن لا يستقر الوجوب، إلا بالإمكان، والزكاة حينئذ مثله، والإمكان شرط فى استقرارها ولا فائدة فى وجوبها إلا فعلها، فإذا تعذر الفعل لم تجب.

أما الزكاة إذا أوجبناها قبل إمكان الفعل، ففيه فائدة وهى مشاركة المساكين له فى النصاب وحصوله قبل أدائه، هذا حاصل ما قاله فى الشامل وغيره، وهو إنما يظهر إذا علقنا الزكاة بالعين، فإن وجبت فى الذمة صارت كسائر العبادات.

* * *

الانعطاف على ما قبله

إن كان فى حكم الخصلة الواحدة انعطف، كما فى صوم النفل بنية قبل الزوال يكون صائمًا من أول النهار حتى ينال ثواب جميعه فى الأصح[٥]، وكما لو أدرك الإمام فى الركوع يكون مدركًا لثواب جميع الركعة[٦]، وقيل: إنما يثاب من وقت النية[٧]، وكان

---

(١) الصحيح المنصوص فى البويطى وحرملة لا يجب، وقال ابن سريج: يجب. وذكر المصنف دليل الجميع. انظر: المجموع شرح المهذب (٢٥٦/٦).

(٢) قال فى الروضة: فلا شيء فى تركته ولا على ورثته. انظر: روضة الطالبين (٣٨٢/٢).

(٣) قطع به فى مغنى المحتاج (٤٦٩/١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢٢٣/٢).

(٥) قال الرافعي: إذا نوى قبل الزوال أو بعده وصححناه، فهل هو صائم من أول النهار حتى ينال ثواب جميعه أم من وقت النية؟ وجهان أصحهما عند الأكثرين أنه صائم من أول النهار، كما إذا أدرك الإمام فى الركوع يكون مدركًا لثواب جميع الركعة. انظر: روضة الطالبين (٣٥٢/٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٥٢/٢).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣٥٢/٢).

الشيخ زين الدين الكتانى يرجحه ويقول: ما رجحوه مخالف لظاهر قوله ﷺ: «وإنما لكل امرىء ما نوى»[(١)].

وكما لو أكل من بعض الأضحية وتصدق ببعضها، هل يثاب على الكل أو على ما تصدق به؟ فيه وجهين فى نية صوم التطوع ضحوة، هل يثاب من أول النهار أو من وقته؟ قال الرافعى: وينبغى أن يقال: له ثواب التضحية بالكل والتصدق بالبعض[(٢)].

ومن الانعطاف ما لو بلغ الصبى أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف أجزأتهما عن حجة الإسلام على المذهب، وهل يقع حجهما فرضًا ابتداء بالتبين أو نفلاً، ثم انقلب فرضًا؟ وجهان[(٣)].

ومن الانعطاف التعصية فى مسألة المؤخر للحج حتى مات يعصى آخر سنة من سنين الإمكان على الأصح[(٤)]، وأجراه الرافعى فى غير العبادات، كما إذا ترك المودع الوصية بالوديعة وتلفت فى المرض قبل موته بغير تفريط لم يضمن فى الأصح. وقيل: يضمن أخذًا من انعطاف التعصية[(٥)] بترك الحج على ما مضى، وفى هذا التخريج نظر؛ لأن الانعطاف عهد مثله فى العبادات.

أما انعطاف التضمين إلى حالة لا يقصد فيها فبعيد، وأما إذا لم يكن بهذه المثابة لم ينعطف كما لو قارنت النية غسل الوجه، ولم ينو قبله لا يثاب على سنن الوضوء المتقدمة فى الأصح[(٦)].

ومنه القدوة فى أثناء الصلاة لا تنعطف على الماضى فى الأصح، ولذلك فائدتان،

---

(١) أخرجه البخارى فى بدء الوحى (١/١٥) ح (١)، ومسلم فى الإمارة (٣/١٥١٥، ١٥١٦) ح (١٩٠٧/١٥٥).

(٢) ذكره الرافعى، وصوبه الإمام النووى، فقال: هذا الذى قاله الرافعى هو الصواب الذى تشهد به الأحاديث والقواعد، وممن جزم به تصريحًا الشيخ الصالح إبراهيم المروروذى. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٢٧).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/١٢٣).

(٤) جزم به الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج (١/٤٦٩).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٢٩).

(٦) قال النووى فى زوائد الروضة: وفى الحاوى وجه أنه يثاب عليها. انظر: روضة الطالبين (١/٤٧).

إحداهما: لو صلى منفردًا أو سها، ثم اقتدى بإمام لم يتحمل سهوه في الأصح[١].

الثانية: في حصول ثواب الجماعة له من أول صلاته أو من حين أحرم على الخلاف السابق[٢].

* * *

الإنشاء

إيقاع لفظ لمعنى يقاربه في الوجود كإيقاع البيع ببعت[٣]، والنكاح بتزوجت[٤] والطلاق بطلقت[٥].

وأما الظهار، فذكر الغزالي في الوجيز في بابه أنه خبر، وخالفه الرافعي ونصر القول بأنه إنشاء، وقيل: لو كان خبرًا لما أحدث حكمًا.

والتحقيق أنه خبر من وجه، وإنشاء من وجه، وصارت الألفاظ ثلاثة: خبر محض كقام زيد، وإنشاء محض كبعت، وما فيه شائبة منهما وهو الظهار. ومن القواعد فيه: أن إنشاء التعليق جائز، وتعليق الإنشاء لا يجوز، فلو قال: بعتك إن شئت، صح نص عليه الشافعي، كما نقله المحاملي في باب الإقرار من التجريد، وغيره بخلاف إن شئت بعتك.

ولو قال: وكلتك في طلاق زينب إن شاءت جاز، ولو قال: إن شاءت زينب فقد وكلتك في طلاقها لم يجز، قاله الماوردي[٦]. ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار صح[٧]. ولو قال: إن دخلت الدار طلقتك، فظن التاج السكندري أنه تعليق وخولف، وقيل: لا يقع بدخولها؛ لأنها جملة خبرية، وهو وعد محض لا تعليق، وفيه نظر.

قال الكندي: ولو قال: طلقتك إن دخلت الدار، وقع في الحال، وقال: لا نقل فيها في المذهب، وإن صناعة النحو تقتضي ذلك، وخولف فيه بأنه تعليق محض، ويدل له ما حكاه شريح الروياني عن ابن سريج في قوله: يا زانية طلقتك إن شاء الله، أنه لا طلاق وإنه قاذف.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١/٢١٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١/٣٤١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/٣٣٨).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٨/٢٣).

(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/١٧٩).

(٧) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٠/٢٨٩).

ولو قال له: عليّ درهم إن شاء فلان لم يكن إقرارًا، شاء فلان أم لا، نص عليه الشافعي، رضي الله عنه، ومشيئة فلان لا توجب عليه شيئًا. ومثله: النذر لو قال: لله عليّ أن أصوم يوم كذا إن شاء فلان فشاء فلان، لم يلزمه شيء، نص عليه الشافعي، رضي الله عنه؛ لأنه النذر التزام فى الذمة، فلم يصح معلقًا بمشيئة غيره، قاله الشيخ أبو على فى شرح التلخيص.

* * *

أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها

ولهذا لو باع عبدين فتلف أحدهما قبل قبضه لم ينفسخ فى الآخر، فإن أجاز فبحصته من المسمى، وفى قول: بجميع الثمن[١]، بخلاف ما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما فى يد المشترى، ثم أفلس وحجر عليه، فللبائع أخذ الباقى بحصته من الثمن، ولا يجىء قول: أخذه بجميع الثمن على المذهب[٢].

قال الماوردى: وغلط بعض أصحابنا فخرجه على القولين، واتبع فيه المحققين؛ لأن أوائل العقود تؤكد مما لا يؤكد به أواخرها، فلما دعت الضرورة فى تفريق الصفقة لتأكد الحق فى أوله أن يجعل الباقى فيها بجميع الثمن فى قول، حتى لا يوقع جهالة فى الثمن، فيبطل العقد بخلاف استرجاع البائع بفلس المشترى؛ لأنه لم يستأنف عقدًا تقع الجهالة فى ثمنه[٣].

* * *

الائتمان على قسمين

أحدهما: ائتمان المالك يوجب تصديق المؤتمن، ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض وجب عليه تصديقه[٤]، وكذلك الوكيل بالجعل[٥]، والمودع لائتمانه إياه[٦]، وكذا المستأجر إذا ادعى الرد[٧].

---

(١) بناء على القولين فى تفريق الصفقة. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٠٧)، (٣/٤٢٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين فى باب التفليس (٤/١٥٧).

(٣) ذكره الماوردى بنصه فى الحاوى الكبير (٦/٢٧٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/١٤٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٧٦).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (٣/٩١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٢٦).

الثاني: ائتمان بالشرع كأمين الأيتام والعمال والأوصياء، فائتمان الحاكم لهم ليس كائتمان المالك، حتى يجب عليه تصديقهم، بل حكمه حكم الأمانات الشرعية تحتاج إلى البينة فيما يدعونه.

والأحسن فى الضبط أن يقال: أيدى الأمناء ثلاثة: يد تحفظ العين للمالك، وله الانتزاع من يده متى شاء، كالوكيل بلا جعل والمودع، فالقول قوله فى الرد بيمينه قطعًا. ويد تحفظ العين لنفسه، وليس للمالك الانتزاع من يده كالمستأجر والمرتهن، فإذا اختلفا فى الرد، فالقول قول المالك عند القاضى، وقال القفال: القول قولهم؛ لأن الأصل هو الأمانة. ويد تحفظ العين لنفسه، وللمالك الانتزاع من يه متى شاء، كالوكيل بالجعل، والمدعى الشركة، وعامل القراض، وفيه وجهان. ذكر هذا الضابط القاضى الحسين فى باب الوكالة من تعليقه. قال الأصحاب: وكل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق، فإنها مضمونة عليه.

فقولنا: من أخذ العين، يتناول يد السوم والعارية والوديعة والمقارض والوكيل. وقولنا: لمنفعة نفسه، احتراز عن المودع، فإنه أخذها لمنفعة المالك[(١)]. وقولنا: من غير استحقاق يخرج الإجارة، فإنه أخذها لمنفعة نفسه، لكن باستحقاق، ومن كان أمينًا بائتمان المالك كالمودع[(٢)]، أو بائتمان الشرع كالملتقط للحفظ لا يضمن بالتلف[(٣)].

ومنه لو أودعه صبى أو مجنون مالاً لم يقبله، فلو خاف ضياعه منه فأخذه حسبة، ففى الضمان وجهان أصحهما المنع[(٤)]. وكذا لو أخذ المحرم صيدًا من جارحه لينقذه، فعلى قولين، والأصح لا يضمن؛ لأنه يجوز له استنقاذه، ولهذا يأثم بالترك، فلا يجب الضمان[(٥)]. قال المرعشى: وما تلف فى يد الأمين من غير تعد، فلا ضمان عليه، إلا فى

---

(١) قال الخطيب: لأن المودع يحفظها للمالك فيده كيده ولو ضمن لرغب الناس عن قبول الودائع، فلو أودعه بشرط أن تكون مضمونة أو أنه إذا تعدى فيها لا ضمان عليه لم يصح فيهما. انظر: مغنى المحتاج (٨١/٣).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٨١/٣).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٤١١/٢).

(٤) نبه عليه الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج، وذكره قولاً واحدًا. انظر: مغنى المحتاج (٨١/٣).

(٥) جاء فى الروضة: لو خلص المحرم صيدًا من فم سبع أو هرة أو نحوهما وأخذه ليداويه ويتعهده فمات فى يده لم يضمن على الأظهر. انظر: روضة الطالبين (١٥٣/٣).

مسألة، وهى أن يستسلف الساعى زكاة رجل قبل حولها، فتتلف فى يده فإنه يضمن للمساكين مثل ما تلف إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، قاله الشافعى، رحمه الله، أيضًا.

* * *

الإيثار

أن يؤثر غيره بالشىء مع حاجته إليه، وعكسه الأثرة، وهى استئثاره عن أخيه بما هو محتاج إليه، ومنه قوله ﷺ: «ستلقون بعدى أثرة»[1]، والإيثار ضربان:

الأول: أن يكون فيما للنفس فيه حظ، فهو مطلوب كالمضطر يؤثر بطعامه غيره إذا كان ذلك الغير مسلمًا؛ لقوله تعالى: ﴿**ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة**﴾ [الحشر: ٩]، كذا جزم به الرافعى[2] تبعًا للبغوى والإمام والشيخ أبى محمد فى الفروق وغيرهم، لكن كلام المتولى يقتضى المنع، فإنه قال فى كتاب البغاة فى كلامه على دفع الصائل: إنه لو كان مضطرًا وولده مضطر لا يجوز له بذل الطعام له. انتهى.

وغير الولد أولى بالمنع، لكنه قال: فى زكاة الفطر، ولأنه لو كان هو وأهله مضطرين ومعه طعام قليل، كان هو أولى بالطعام، وكذا القول فى سالك إذا جامع امرأته ومعه ماء قليل يكفى غسل أحدهما كان هو أولى به. انتهى.

وقال الإمام فى باب صول الفحل: لا خلاف فى استحباب الإيثار، وإن أدى إلى هلاك المؤثر، وهو من شيم الصالحين، فإذا اضطر وانتهى إلى المخمصة ومعه ما يسد جوعته، وفى رفقته مضطر، فآثره بالطعام فهو حسن، وكذا القول فى سائر الإيثارات التى يتدارك بها المهج، قال: ولا خلاف أنه لا يحل إيثار البهيمة، وكيف يظن هذا، ويجب قتل البهيمة لاستبقاء المهجة.

وقال والده فى باب التيمم من الفروق: المضطر إن أراد الإيثار بما معه لاستحياء مهجة أخرى كان له الإيثار، وإن خاف فوات مهجته، ومن دخل عليه وقت الصلاة

(١) أخرجه البخارى فى الفتن (٧/١٣) ح (٧٠٥٢)، ومسلم فى الزكاة (٧٣٨/٢، ٧٣٩) ح (١٠٦١/١٣٩)، والترمذى فى الفتن (٤٨٢/٤) ح (٢١٨٩)، والنسائى فى آداب القضاة (١٩٨/٨) باب ترك استعمال من يحرص على القضاء، والإمام أحمد فى مسنده (٥٠٠/١) ح (٣٦٣٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢٨٥/٣).

ومعه ما يكفيه لطهارته وهناك من يحتاجه للطهارة، لم يجز لـه الإيثـار والفـرق بينهمـا أن الحق فى الطهارة حق لله، فلا يسوغ فيـه الإيثـار، والحـق فـى حـال المخمصـة حقـه فـى نفسه، وقد علم أن المهجتين على شرف التلف إلا واحدة تستدرك بذلك الطعام، فحسن إيثار غيره على نفسه.

قال: ويقوى هذا الفرق مسألة المدافعة، وهـى أن الرجـل إذا قصـد قتـل غـيره ظلمًـا، والمقصود يقدر على الدفع غـير أنـه يعلـم أن الاشـتغال بـالدفع ربمـا يقتـل القـاصد كـان للمقصود الاستسلام، وقد اختلف نص الشافعى، رحمه الله، فى ذلك. انتهى.

وذكر الرافعى فى باب الصيال أنه لا يجب الدفع عن الغير عنـد الخـوف علـى النفس قطعًا[1].

الثانى: فى القربات كمن يؤثر بالصف الأول لغـيره ويتـأخر هـو أو يؤثـر بقربـه مـن الإمام فى الصلاة ونحوه، وظاهر كلام الشيخ أبـى محمـد السـابق أنـه حـرام، وكـذا قـال الإمام فى باب التيمم: لو دخل الوقت ومعه مـا يتوضـأ بـه، فوهبـه لغيره ليتوضـأ بـه لا يجوز؛ لأن الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس والمهج، لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات.

وقال فى باب زكاة الفطر: لا أعرف خلافًا فى أنه ليس له الإيثار. وقـال الشـيخ عـز الدين فى القواعد: لا إيثار فى القربات، فلا إيثـار بمـاء المتيمـم، ولا بـالصف الأول، ولا بستر العورة فى الصلاة؛ لأن الغرض بالعبادات التعظيم والإجلال، فمن آثر به فقـد تـرك إجلال الإله وتعظيمه، فيصير بمثابة من أمره سيده بأمر فتركه، وقال لغيره: قـم بـه، فـإن هذا يستقبح عند الناس بتباعده من إجلال الآمر وقربه. انتهى.

وأما النووى فجزم بالكراهة، فقال فى شرح مسلم فى حديث ابن عمر: كان إذا قـام له رجل عن مجلسه لم يجلس فيه[2]، هذا نوزع فيه لوجهين، أحدهمـا: أنـه ربمـا استحيا منه إنسان، فقام له من مجلسه من غير طيب قلبه، فسد ابن عمر البـاب ليسـلم مـن هـذا. والثانى: أن الإيثار بالقرب مكروه أو خلاف الأولى، فكان يمتنع من ذلك؛ لئـلا يرتكـب أحد بسببه مكروهًا أو خلاف الأولى بأن يتأخر عن موضعه من الصف الأول ويؤثر بـه،

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٨٩).

(٢) أخرجه البخارى فـى الاستئذان (١١/٦٤) ح (٦٢٧٠)، ومسـلم فـى السـلام (٤/١٧١٤) ح (٢١٧٧/٢٩).

ونحوه قال أصحابنا: وإنما يحمد الإيثار بحظوظ النفس وأمور الدنيا دون القرب[١]. انتهى.

وذكر فى باب الجمعة من شرح المهذب إنه لا يقيم من جلس ليجلس فى موضعه، فإن قام باختياره لم يكره، فإن انتقل إلى أبعد من الإمام كره. قال الأصحاب: لأنه آثر بالقربة[٢]. انتهى.

وهذا كله يشكل عليه من يصلى فى الصف الأول إذا جاء المنفرد ليصلى، فالمذهب أنه إن لم يجد فرجة، فله أن يجر شخصًا ويساعده المجرور[٣]، ومع هذا فقد فوت لنفسه قربة، وهو أجر الصف الأول، وهذا يخالف قولهم: أن الإيثار لا يكون فى القرب، بل فى مسألة الوضوء قد أعطى الماء من يؤدى به عبادة.

وأما فى مسألة الصف فقد فاته أجر الصف الأول، ولم يحصل المصلى الثانى على أجر الأول، كما فى الوضوء، وفى الحديث الصحيح: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[٤]، وهذا وإن ورد فى الإنفاق لكن استعمله بعضهم فى أمور الآخرة أيضًا.

والحاصل أن الإيثار بالقرب حرام أو مكروه أو خلاف الأولى خلاف، وأما الإيثار بحقوق النفس، فمستحب على الأصح[٥]، ومن هذا أيضًا الدعاء، فيستحب البداءة فيه بنفسه؛ لقوله ﷺ: «رحمة الله علينا وعلى موسى»[٦]، ومن ذلك إيثار الطالب غيره بنوبته فى القراءة على الشيخ، وقد حكى الخطيب البغدادى فى كتابه الجامع عن قوم أنهم كرهوه؛ لأن قراءة العلم والمسارعة إليه قربة، والإيثار بالقرب مكروه.

وقد يختلف فى الإيثار بالشىء كما اختلف فى إنه قربة أو لا كما لو وجد بعض صاع، وهو محتاج إلى إخراج فطرة نفسه، وله زوجة وأقارب، والأصح أنه يقدم نفسه،

---

(١) انظر: صحيح مسلم بشرح النووى (١٤/١٦١).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (٤/٥٤٧).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٦٠).

(٤) أخرجه مسلم فى الزكاة (٢/٦٩٣، ٦٩٣) ح (٤١/٩٩٧)، والنسائى فى الزكاة (٥/٥٢، ٥٣) باب أى الصدقة أفضل بدون لفظة: بمن تعول، وهى أخرجها البخارى فى الزكاة (٣/٣٤٥) ح (١٤٢٦)، ومسلم فى الزكاة (٢/٧١٧) ح (٩٥/١٠٣٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٥).

(٦) أخرجه أبو داود فى الحروف (٤/٣٢) ح (٣٩٨٤).

وقيل: زوجته، وقيل: يتخير[١]. قال الإمام: ولعل قائله تلقى مذهبه من مذهب الإيثار فى النفقة لما رأى الفطرة متلقاة من النفقة وهو ساقط؛ لأن الفطرة قربة، ولا إيثار فى القرب.

وقد تكلم الأئمة فى إيثار عائشة لعمر، رضى الله عنهما، بدفنه عند رسول الله ﷺ فى حجرتها، وقولها: كنت أعددته لنفسى ولأوثرنه به[٢]، وأجابوا بأنه إيثار لمن رأى أنه أولى به منه، ولهذا طلب النبى ﷺ الإيثار بشرابه من الشاب الجالس عن يمينه لمن هو أسن منه فى الجانب الآخر[٣].

* * *

(١) ذكرهم الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج (١/٤٠٥).
(٢) أخرجه البخارى فى الجنائز (٣/٣٠١) ح (١٣٩٢).
(٣) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده (١/٢٨٩) ح (١٩٠٩).

حرف الباء

البدعة

قال ابن درستويه: هى فى اللغة أحداث سنة لم تكن، وتكون فى الخير والشر، ومنه قولهم: فلان بدعة، إذا كان مجاوزًا فى حذقه، وجعل منه ابن فارس فى المقاييس قوله تعالى: ﴿**قل ما كنت بدعًا من الرسل**﴾ [الأحقاف: ٩]، أى أول، فأما فى الشرع فموضوعة للحادث المذموم، وإذا أريد الممدوح قيدت، ويكون ذلك مجازًا شرعيًا حقيقة لغوية، وفى الحديث: «كل بدعة ضلالة»[(١)]. وقال الإمام الشافعى، رضى الله عنه: المحدثات ضربان:

أحدهما: ما أحدث مما يخالف كتابًا أو سنة أو أثرًا أو إجماعًا، فهذه البدعة الضلالة.

والثانى: ما أحدث من الخير لا خلاف فيه، وقد قال عمر، رضى الله عنه، فى قيام رمضان: نعمت البدعة هى، يعنى أنها محدثة لم تكن، وإذا كانت ليس فيها رد لما مضى. انتهى.

وانظر كيف تحرز الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فى كلامه عن لفظ البدعة، ولم يزد على لفظ المحدثة، وتأول قول عمر، رضى الله عنه، على ذلك. وقال المتولى فى التتمة فى باب صلاة الجماعة: البدعة اسم لكل زيادة فى الدين، سواء كانت طاعة أو معصية، فالبدعة بزيادة الطاعة مثل كثرة الصلاة والصوم والصدقة، سواء وافق الشرع أم لا، بأن يتعبد فى وقت الكراهة.

قال: والمبتدع بالمعصية كالطعن فى الصحابة أو به خلل فى العقيدة، فإن كان لا يكفر بها، فحكمه حكم الفاسق، وإلا فهو كافر. قال: وهل يقطع بأنه من أهل النار؟ ظاهر المذهب، وعليه يدل كلام الشافعى، رضى الله عنه، أنه من جملة العاصين، وحاله فى المشيئة كحال سائر العصاة ومن أصحابنا من قطع بأنه من أهل النار، لقوله ﷺ: «كل

---

(١) أخرجه مسلم فى الجمعة (٥٩٢/٢) ح (٨٦٧/٤٣)، وأبو داود فى السنة (٢٠٠/٤) ح (٤٦٠٧)، والنسائى فى العيدين (١٥٣/٣، ١٥٤) باب كيف الخطبة، وابن ماجه فى المقدمة (١٧/١) ح (٤٥)، والدارمى فى المقدمة (٥٧/١) ح (٩٥)، والإمام أحمد فى مسنده (٣٨١/٣) ح (١٤٣٤٦).

كذب ضلالة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة فى النار»[١].

وقال الشيخ عز الدين: هى فعل ما لم يعهد فى عهد رسول الله ﷺ وتنقسم إلى الأحكام الخمسة، وطريق معرفة ذلك أن تعرض البدعة على قواعد الشرع، فأى حكم دخلت فيه فهى منه، فمن البدع الواجبة تعلم النحو الذى يفهم منه القرآن والسنة وذلك واجب؛ لأن ضبط الشريعة واجب ولا يتأتى ضبطها إلا بمعرفة ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ومن البدع المحرمة مذهب القدرية، والجبرية، والمرجئة، والمجسمة، والرد على هؤلاء من البدع الواجبة. ومن البدع المندوبة إحداث المدارس والربط وصلاة التراويح، وكل إحسان لم يعهد فى العصر الأول. ومن المباحة المصافحة عقب الصبح والعصر ولبس الطيالسة وتوسيع الأكمام، ومن البدع المكروهة زخرفة المساجد وتزويق المصاحف.

* * *

البدل يتعلق به مباحث

الأول: إن كان غير مؤقت ولم يجده لا يتركه بالعجز عنه مع القدرة على ثمنه، كما فى الكفارة لو كان معه ثمن الرقبة ولم يجدها لا ينتقل إلى الصوم[٢]، وإن كان مؤقتًا انتقل إلى البدل، كالمتمتع إذا كان معه مال، إلا أنه لم يجد هديًا يشتريه، فعليه الانتقال إلى الصوم؛ لأنه مؤقت، فإن عليه أن يصوم الثلاثة فى الحج[٣]، وكما لو عدم الماء يصلى بالتيمم ولا يؤخر[٤]، وكذا لو وجده وكان ماله غائبًا بخلاف جزاء الصيد إذا كان ماله غائبًا يؤخر؛ لأنه يقبل التأخير.

---

(١) لم أجد هذا اللفظ فى مظانه، وبنحوه فيه ذكر الكذب، أخرجه ابن ماجه فى المقدمة (١٨/١) ح (٤٦).

(٢) جاء فى الروضة: كان ماله غائبًا أو حاضرًا، لكن لم يجد الرقبة، فلا يجوز له العدول إلى الصوم فى كفارة القتل واليمين والجماع فى نهار رمضان، بل يصبر حتى يجد الرقبة أو يصل المال؛ لأن الكفارة على التراخى وبتقدير أن يموت لا يفوت، بل تؤدى من تركته. انظر: روضة الطالبين (٢٩٧/٨).

(٣) جاء فى الروضة: إذا عدم المتمتع الدم فى موضعه لزمه صوم عشرة أيام، سواء كان له مال غائب فى بلده أو غيره، أم لم يكن بخلاف الكفارة، فإنه يعتبر فى الانتقال إلى الصوم فيها العدم مطلقًا، والفرق أن يدل الدم مؤقت بكونه فى الحج ولا توقيت فى الكفارة. انظر: روضة الطالبين (٥٣/٣).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٩٠/١).

الثاني: إذا شرع فيه، ثم قدر على الأصل فى الأثناء، هل ينتقل إليه نظر إن كان البدل مقصودًا فى نفسه ليس يراد لغيره؟ استقر حكمه كما لو قدر على العتق بعد الشروع فى الصوم[١]، وكما لو قدر المتمتع على الهدى بعد صيام ثلاثة أيام ورجوعه، فإنه يتمادى على إتمام العشرة، ولا أثر لوجود الهدى بعد[٢].

ومثله: إذا نكح عادم الطول الأمة ثم قدر عليه، استقر حكم الأمة[٣]، وكذا إذا حكم القاضى بشهود الفرع، ثم ظهر شهود الأصل قبل استيفاء الحق لم ينقض الحكم[٤]، ولو وجب عليه الدية فلم يجد الإبل وأعطى البدل، ثم وجدت فلا يسترد[٥]، ولو غصب مثليًا وتلف، ولم يجد مثله فأعطى القيمة ثم وجده، فهل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان:

أحدهما: نعم، كما فى قيمة المغصوب الآبق، إن عاد وأصحهما المنع[٦]؛ لانفصال الأمر بالبدل ويخالف الآباق، فإن العبد عين حقه كالمغصوب والمثل بدله، فلا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه التمكين من الرجوع إلى بدله، أما إذا لم يكن مقصودًا فى نفسه، بل يراد لغيره لم يستقر حكمه، فمنه إذا قدر على الماء فى أثناء التيمم، أو بعد الفراغ منه وقبل الشروع فى الصلاة؛ لأن التيمم يراد لغيره، فلا يستقر حكمه، إلا بالشروع فى المقصود[٧].

وكذا إذا تحرم المتيمم بالصلاة ثم رأى الماء فى أثنائها، والصلاة لا تسقط به بخلاف ما تسقط[٨] به، وخرج عليه القفال ما لو تخلف المعذور فى الجمعة

---

(١) جاء فى الروضة: فإن أعتق كان أفضل، ووقع ما مضى من صومه تطوعًا، وحكى الشيخ أبو محمد وجهًا أنه يلزمه الإعتاق، وهو مذهب المزنى، والصحيح الذى عليه الجمهور الأول، وهو أن يمضى الصوم. انظر: روضة الطالبين (٢٩٩/٨).

(٢) لكن يستحب العتق، وقال المزنى: يلزمه. انظر: روضة الطالبين (٥٦/٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٣٣/٧).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤٥٥/٤).

(٥) لانفصال الأمر بالأخذ، بخلاف ما لو وجدت قبل قبض القيمة، فإن الإبل تتعين. انظر: مغنى المحتاج (٥٦/٤).

(٦) قال النووى فى الزوائد: ويجريان فى أن الغاصب والمتلف هل لهما رد المثل وطلب القيمة. انظر: روضة الطالبين (٢١/٥).

(٧) انظر: مغنى المحتاج (١٠١/١).

(٨) انظر: مغنى المحتاج (١٠٢/١).

وصلى الظهر، ثم زال العذر فى أثناء الصلاة[١].

ومنه المعتدة بالأشهر، إذا رأت الدم لا ترجع للأشهر؛ لأن العدة ليست مقصودة فى نفسها، وإنما القصد استفادة النكاح[٢].

ومنه لو حضر شهود الأصل عند شهادة شهود الفرع وقبل الحكم امتنع القاضى من ترتب الحكم على شهادة الفرع قياسًا على ما لو وجد المتيمم لعدم الماء الماءَ بعد التيمم وقبل الصلاة، ويرد شاهد الأصل قبل الحكم لقدومه من السفر[٣]، وقيلَ: لا منع، حكاه القاضى الحسين فى تعليقه[٤].

ولو عجز عن الفاتحة، ثم قدر عليها فى أثناء الصلاة، فإن كان ذلك قبل الشروع فى البدل قرأها، وإن كان بعده مثل إن أتى بنصف الذكر ثم قدر على قراءتها بتلقين أو غيره، فعليه قراءة النصف الآخر قطعًا[٥]، وفى الأول وجهان:

أحدهما: لا يجب كما إذا شرع فى الصوم، ثم قدر على العتق وأصحهما يجب[٦]، كما لو وجد الماء قبل تمام التيمم بطل تيممه، وإن كان بعد الفراغ وقبل الركوع، فالأصح عند الرافعى أنه لا يجب؛ لأن البدل قد تم، فأشبه ما لو أدى المكفر بالبدل، ثم قدر على الأصل أو صلى بالتيمم، ثم قدر على الوضوء[٧].

وصحح الرويانى وجوب القراءة، وهو ما أورده الماوردى والقاضى أبو الطيب فى باب صلاة الإمام قاعدًا، وفرق بين مسألتنا وبين الكفارة بالمشقة، ثم رأى انتفاءها هاهنا، وأيضًا فمن يحسن الفاتحة، فليس له أذكار قبلها وقراءة بعدها، بخلاف صوم الكفارة، فإنه مصروف بالنية إليها، ولو أتى بالاستفتاح والتعوذ، ثم قدر على الفاتحة بعد فراغه منه،

---

(١) ذكره فى الروضة، قال: إذا زال العذر فى أثناء الظهر، فقال القفال: هو كرؤية المتيمم الماء فى الصلاة، وهذا يقتضى خلافًا فى بطلان الظهر، كالخلاف فى بطلان صلاة المتيمم، وذكر الشيخ أبو محمد وجهين هنا، والمذهب استمرار صحة الظهر. انظر: روضة الطالبين (٢/٤٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٧٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١١/٢٩٤).

(٤) وقيل: تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل كالرواية. انظر: روضة الطالبين (١١/٢٩٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٦).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٦).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٦).

فالظاهر أنه يلزمه قراءتها[١].

الثالث: إذا فرغ منه، ثم قدر على الأصل نظر، فإن كان الوقت مضيقًا، فقد مضى الأمر، كما لو كان ماله غائبًا وتيمم لعدم القدرة وصلى، ثم رجع المال، ولا إعادة عليه، وكذا المتمتع، إذا لم يجد الهدى وصام، ثم عاد المال؛ لأن وقته مضيق كالصلاة[٢]، وإن كان موسعًا، فقولان كما لو عاد ماله بعد الصوم فى كفارة الظهار[٣] وفى الحج، إذا وجب قبل العضب، أو عاد ماله وبقى مدة، وقد لزمه، فإن مات حج عنه[٤]، وإن لم يتقدم وجوبه ولا قدر فيه الرجوع فوجهان[٥].

ولو أعتق شركا فلا يقوم فى الحال، وهل يقوم إذا رجع ماله؟ وجهان: كله من الاستذكار للدارمى. ولو مسح على الخف، ثم نزعه وهو بطهارة المسح، فإنه يجزيه غسل قدميه فى الأصح، وإن فاتت الموالاة[٦]، ولو ضلت الشاة المنذورة بتقصيره ولم يجدها انفكت وعادت إلى ملكه فى الأصح؛ لئلا يلزمه التضعيف[٧]، وإن وجد الضالة بعد التعيين وقبل الذبح، فالأصح يضحى بالضالة؛ لأنها الأصل، والثانى بالبدل، والثالث يتخير، والرابع يجب ذبحهما لتعلق الوجوب بهما[٨].

ولو أخذ المستحق للدية الدراهم لفقد الإبل، ثم وجدت، قال الرافعى حكاية عن الأصحاب: لم يصر أحد من الأصحاب إلى أنه يرد الدراهم ويرجع إلى الإبل، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثل ثم وجده، ففى الرجوع إلى المثل خلاف، والأصح لا[٩].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٠٠).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٦٩).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٦٩).

(٦) غسل قدميه لبطلان طهرهما بما ذكر؛ لأن الأصل غسلهما والمسح بدل، فإذا زال حكم البدل رجع إلى الأصل كالتيمم بعد وجود الماء، وفى قول: يتوضأ؛ لأن الوضوء عبارة يبطلها الحدث، فتبطل كلها ببطلان بعضها كالصلاة، واختار النووى فى شرح المهذب كابن المنذر أنه لا يلزمه واحد منها ويصلى بطهارته. انظر: مغنى المحتاج (١/٦٨).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/٢١٩، ٢٢٠).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٢٠).

(٩) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٩/٢٦٢).

الرابع: البدل مع مبدله على أربعة أقسام:

تارة يتعين الابتداء بالمبدل[١]، وتارة يتعين الابتداء بالبدل[٢]، وتارة يجمع بينهما، وتارة يتخير[٣].

فمن الأول، وهو الغالب، التيمم مع الوضوء، وإبدال الواجب فى الزكاة مع الجبران، وخصال الكفارة المرتبة، وقيل: ليس كل خصلة بدلاً عما قبلها، بل هى خصال مستقلات[٤].

ومن الثانى: صلاة الجمعة إذا قيل: إنها بدل عن الظهر، والأصح خلافه[٥].

ومن الثالث: واجد بعض الماء أو يستعمله فى بعض الأعضاء لأجل الجراحة مع التيمم إذا قيل: بأن الأعضاء فى طهارته كعضو واحد[٦] وعد منه الإطعام مع الصوم فيمن أخر قضاء رمضان حتى دخل عليه رمضان آخر، ورد بأن الإطعام جبران للتأخير لا بدل عن الصوم[٧].

ومن الرابع: مسح الرأس فى الوضوء، إذا قلنا: إن الشعر بدل عن البشرة، حتى لو مسح على الشعر ثم حلقه استأنف المسح على البشرة كما لو مسح على الخف، ثم ظهرت الرجل، والصحيح أن كلا منهما أصل، وعد بعضهم منه مسح الخف مع غسل الرجلين[٨].

والصواب أن كليهما أصل، وأن الواجب أحد الأمرين، كما قاله الرافعى[٩]، وتابعه الحاوى الصغير ومثله الأحجار فى الاستنجاء، وليست بدلاً عن الماء، بل كل منهما أصل

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٨٤).
(٨) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٧).
(٩) انظر: روضة الطالبين (١/١٣٢).

بنفسه، وهو مخير بينهما[1].

الخامس: ما علق جواز البدل فيه على فقدان المبدل عند الإيجاب، فإذا فقدا معًا، فهل يجب عليه تحصيل البدل كما لو وجد أو يتخير بينه وبين المبدل؛ لأنه إذا حصل البدل صار واجدًا له دون المبدل فيه خلاف في صور:

منها: لو لم يكن في إبله بنت مخاض عدل إلى ابن لبون، فإن فقدا معًا فوجهان، أصحهما أن له أن يشتري ما شاء، والثاني يتعين شراء بنت مخاض.

ومنها: الحق هل يجب تحصيله بدلاً عن بنت لبون إذا قلنا بالضعيف أنه بدل عنها، فيه الوجهان[2].

ومنها: من ملك مائتين من الإبل وعنده الحقاق وبنات لبون، وقلنا بالجديد أنه يجب إخراج الأغبط للمساكين[3]، فلو كانا مفقودين عنده، فهل يجب شراء الأغبط؟ فيه الوجهان[4].

السادس: قال الشيخ عز الدين في القواعد: الأبدال إنما تقوم مقام المبدلات في وجوب الإتيان بها عند تعذر مبدلاتها في براءة الذمة بالإتيان بها، والظاهر إنهما ليسا في الأجر سواء، فإن الأجر بحسب المصالح، وليس الصوم في الكفارة كالإعتاق، ولا الإطعام كالصيام، كما أنه ليس التيمم كالوضوء إذ لو تساوت الأبدال والمبدلات لما شرط في الانتقال إلى البدل فقد المبدل. انتهى.

ويرد عليه أمور:

منها: الجمعة بدل من الظهر على رأي[5]، مع أن حكمها على عكس ما ذكر من اشتراط تعذر المبدل، فإنه هنا، أعني في الجمعة، لا يعدل إلى المبدل إلا عند تعذر البدل، فمن لازمه أن يكون البدل هاهنا أفضل من المبدل، فإنه إنما يعدل عن شرعية الشيء إلى آخر؛ لأفضليته عليه.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٤٣/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٥٦/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٥٨/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٥٧/٢).

(٥) قال في الروضة: القولان في الفرض الأصل هل يوم الجمعة أم ماذا، فالجديد أنه الجمعة والقديم أنه الظهر، وأن الجمعة بدل. انظر: روضة الطالبين (٤٠/٢).

والأولى أن يحمل كلام الشيخ على ما إذا كان سبب البدل والمبدل متحدًا، كخصال الكفارة المرتبة، أو على الغالب، أو على ما إذا كان البدل أخص من المبدل، كالتيمم مع الوضوء، والمسح على الخف، قيل: إنه بدل من غسل الرجلين، والحق أنه ليس كذلك، بل الواجب على المكلف فى الوضوء، أحد الأمرين، إما الغسل، وإما المسح عليهما(١).

ضابط: العجز عن بعض الأصل إن كان فى نفس المستعمل سقط حكم الموجود منه، كوجدان بعض الرقبة فى الكفارة(٢)، وإن كان العجز فى نفس المكلف لم يسقط حكم المقدور منه، كما لو كان بعض أعضائه جريحا، وكان يكفر المبعض بالمال، ذكره الماوردى فى باب التيمم(٣).

تنبيه: كثر فى كلامهم الفرق بين الكفارة وغيرها، بأن لها بدلاً، فيتسامح فيها بالمسكن والعبد، بخلاف غيرها من الحج ونحوه(٤). قال ابن دقيق العيد: وهذا ضعيف، ليس بالمتين؛ لأن اعتبار الإبدال، وتجويز العدول إليها، إنما هو عند تعذر الأصول.

والشأن فى تعذر الأصول، بسبب هذه الأعذار، حتى ترتب عليه الانتقال إلى البدل، ومجرد كون الشيء له بدل، لا يقتضى المسامحة بأصله، إلا على ملاحظة قاعدة الاستحسان الضعيفة.

* * *

البعض المقدور عليه، هل يجب؟

على أربعة أقسام:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٣١٠).

(٣) قال الماوردى: العجز إذا كان فى بعض الفاعل لم يسقط حكم المعذور منه، كالمكفر بنصف الحر إذا كان موسرًا بالرقبة لزمه عتقها، ولا يكون عجزه بنصفه المرقوق مسقطًا لحكم التكفير بالعتق بنصفه الحر، كذلك العاجز عن استعمال الماء فى بعض جسده لا يسقط استعماله فيما قدر عليه من جسده، وكذا المحدث فى أعضاء وضوئه. انظر: الحاوى الكبير للماوردى (١/٢٧٣).

(٤) قال الخطيب الشربينى: قال الرافعى: وكأن الفرق أن الحج لا بدل له وللإعتاق بدل، والفرق بين ما هنا وما مر فى الفلس من أنه لا يبقى للمفلس خادم ولا مسكن أن للكفارة بدلاً كما مر، وأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة بخلاف حقوق الآدمى. انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٦٤).

أحدها: ما يجب قطعًا كما إذا قدر المصلى على بعض الفاتحة لزمه قطعًا، وهل يضيف إليها من الذكر ما يتم به قدر الفاتحة أو يكررها سبعًا قولان، ولم يحكوا قولاً أنه لا يقرؤها[١] كما فى بعض الماء ونظائره؛ لأنا نقول كل آية من الفاتحة تجب قراءتها بنفسها، فلا يأتى ببدلها مع القدرة عليها، ولو وجد بعض ما يستر به العورة لزمه قطعًا[٢]، وكذا لو تعذر عليه غسل بعض أعضاء الوضوء لفواتها[٣].

ولو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لعلة بظهره تمنعه من الانحناء لزمه القيام[٤]، خلافًا لأبى حنيفة، رحمه الله، وكمن انتهى فى التكفير إلى الإطعام، فقدر على إطعام ثلاثين فتعين إطعامهم قطعًا[٥].

وكما إذا كان محدثًا وعلى بدنه نجاسة ولم يجد من الماء إلا ما يكفى أحدهما، يتعين عليه غسل النجاسة قطعًا؛ لأنه ليس لها بدل، وللطهارة عن الحدث بدل[٦].

وخص القاضى أبو الطيب ذلك بما إذا كان مسافرًا، قال: وإن كان حاضرًا، فغسل النجاسة به أولى، ولا يتعين؛ لأنه لابد من إعادة الصلاة، سواء غسل النجاسة أو توضأ، لكن يرد عليه أن الصلاة مع النجاسة أشد منافاة منها بالتيمم، ولو وجد المضطر من الطعام ما يسد به بعض رمقه، لزمه تناوله ولم يعدل إلى الميتة[٧].

والمحرم إذا كان على بدنه طيب وهو محدث ومعه ما يكفى لغسل أحدهما، فإن أمكنه الوضوء به وغسل الطيب به فعل، وإلا وجب غسل الطيب به؛ لأن الطهارة عن الحدث لها بدل، بخلاف الطيب، ولو كان عليه نجاسة وطيب وهو محرم ولم يجد إلا ما يغسل به أحدهما، غسل النجاسة لغلظها.

الثانى: ما يجب على الأصح، كما لو وجد بعض ما يتطهر به من ماء أو تراب، هذا

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٥، ٢٤٦).

(٢) بلا خلاف، فإن كان الموجود يكفى السوأتين بدأ بهما ولا يعدل إلى غيرهما. انظر: روضة الطالبين (١/٢٨٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٥٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٢٣٥)، الأشباه والنظائر (١/١٥٩).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٠٨).

(٦) ولو كان جنبًا أو محدثًا أو حائضًا وعلى بدنه نجاسة، ووجد ما يكفى أحدهما، تعين للنجاسة فيغسلها ثم يتيمم، فلو تيمم ثم غسلها، جاز على الأصح. انظر: روضة الطالبين (١/٩٧).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٩).

إذا قدر على البدل وهو التراب، فإن فقده استعمل الميسور قطعًا لعدم البدل، وقيل: يطرد القولين[(١)]، ولو كان بجسده جراحات تمنعه من استيعاب الماء، فالمذهب غسل الصحيح، والتيمم عن الجريح[(٢)]، والثانى على القولين.

ولو تعذر عليه غسل وجهه، فإن فى وجوب غسل جزء من رأسه ورقبته وهو ما كان يغسله مع وجهه على وجهين مبنيين على أن غسل ذلك مع الوجه واجب وجوب المقاصد، أو وجوب الوسائل[(٣)]، وفيه وجهان حكاهما الدارمى فى الاستذكار.

ومثله ما لو قطع من المرفق، فيجب عليه غسل رأس العظم العضد على المشهور[(٤)]، وكما لو كان على بدنه نجاسات ووجد ما يغسل بعضها، فإنه يجب على المذهب، وقيل: لا؛ لأنه لا يسقط فرض الصلاة[(٥)]، ولو وجد بعض الصاع من الفطرة لزمه إخراجه فى الأصح[(٦)].

ولو ملك مائة نقدًا ومائة مؤجلة على ملىء، وقلنا: لا يجب إخراج الجميع فى الحال، فهل يلزمه إخراج حصة النقد؟ وجهان، أحدهما: لا؛ لنقصان هذا القدر عن النصاب وأصحهما يجب؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور[(٧)].

ولو أعتق نصيبه من العبد المشترك، وهو موسر ببعض نصيب شريكه، فالأصح أنه يسرى إلى القدر الذى هو موسر به.

والثانى: لا؛ لأنه لا يفيده الاستقلال، وثبوت أحكام الأحرار[(٨)]، ولو مات فى بئر أو معدن انهدم عليه، وتعذر إخراجه وغسله صلى عليه على النص؛ لأنه المقدور.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٩٦، ٩٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١/١٠٧).

(٣) قال النووى فى الزوائد: قال أصحابنا: يجب غسل جزء من رأسه ورقبته، وما تحت ذقنه مع الوجه ليتحقق استيعابه، ولو قطع أنفه أو شفته لزمه غسل ما ظهر بالقطع فى الوضوء والغسل على الأصح. انظر: روضة الطالبين (١/٥٢).

(٤) وقيل: فيه قولان. انظر: روضة الطالبين (١/٥٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١/٩٧).

(٦) والثانى: لا، كبعض الرقبة فى الكفارة، وفرق الأول بأن الكفارة لها بدل بخلاف الفطرة. انظر: مغنى المحتاج (١/٤٠٥).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٦٠).

(٨) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٥٩).

حكاه الشيخ أبو محمد فى الفروق، وهو مقدم على ما حكاه الرافعى عن التتمة أنه لا يصلى عليه، ومساعدة النووى له ودعواه أنه لا خلاف فيه، ومن لم يجد السترة صلى قائمًا على الأصح(١).

ويتم الركوع والسجود، فإن المقدور عليه لا يتم بالمعجوز عنه، ولا يجب القضاء. قال الإمام: والذى أراه أن العرى إذا عم فى قوم، فالوجه القطع بأنهم يتمون الركوع والسجود، فإنهم يتصرفون فى أمورهم لمسيس الحاجة عراة، فيصلون كذلك ولا يقضون قطعًا.

الثالث: ما لا يجب قطعًا، كما إذا وجد فى الكفارة المرتبة بعض الرقبة، لا يجب قطعًا(٢)؛ لأن الشرع قصده تكميل العتق ما أمكن، ولهذا شرعت السراية، وينتقل للبدل، ولأن إيجاب بعض الرقبة مع صيام الشهرين جمع بين البدل والمبدل منه، وصيام شهر مع عتق بعض الرقبة فيه تبعيض الكفارة(٣)، ويمكن أن يقال: لو وجد بعض رقبة باقيها حرًا، يجب عليه، كما لو أعتق شقصًا؛ لأن ذاك فى مرتبة واحدة(٤).

ومنه: إذا أوصى أن يشتروا بثلثه رقبة ويعتقونها، فلم توجد كاملة، فإنه لا يشترى شقص بالمقدور عليه قطعًا(٥).

ومنها: الشفيع إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يأخذ قسطه من المثمن(٦)، وكصوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن إتمامه(٧).

---

(١) قال فى الروضة: أما العاجز عن ستر العورة، ففيه قولان ووجه، وقيل: ثلاثة أوجه أصحهما: يصلى قائمًا ويتم الركوع والسجود. والثانى: يصلى قاعدًا. وهل يتم الركوع والسجود أم يومئ. والثالث: يتخير بين الأمرين. انظر: روضة الطالبين (١/١٢٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٣١٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٨/٣١٠).

(٤) قال الخطيب الشربينى: ولو أعتق معسر نصفين له من عبدين عن كفارة عليه، فالأصح الإجزاء إن كان باقيًا حرًا.

تنبيه: افهم كلامه أنه لو كان باقى أحدهما فقط حرًا لم يجزه. قال الزركشى: وليس كذلك، بل الظاهر الإجزاء لخلوص رقبة كاملة. انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٦٢).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٣/٥٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٥/١٠٦).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٦٩).

الرابع: ما لا يجب على الأصح، كما لو وجد المحدث الفاقد للماء ثلجًا، أو بردًا وتعذرت إذابته، فلا يجب مسح الرأس به على المذهب؛ لأن الترتيب واجب، ولا يمكن استعمال هذا في الرأس قبل التيمم عن الوجه واليدين.

وقيل: فيه القولان فيما لو قدر على بعض الماء[١]، وقواه النووي من حيث الدليل[٢]، فإن أوجبناه تيمم عن الوجه واليدين تيممًا واحدًا، ثم مسح به الرأس، ثم تيمم للرجلين[٣].

ومنها: الواجب في السجود التنكيس، فلو تعذر لمرض وغيره، فهل يجب وضع وسادة ليضع الجبهة على شيء منها؟ وجهان، أحدهما: يجب؛ لأن الساجد يلزمه هيئة التنكيس ووضع الجبهة، فإذا تعذر أحد الأمرين أتى بالثاني، محافظة على الواجب بقدر الإمكان، وأصحهما: لا يجب؛ لأن هيئة السجود فاتت[٤].

ومنها: لو كان عريانًا، وقدر على أن يستتر في الماء ويسجد على الشط، لا يلزمه ذلك، قاله الدارمي، لكنهم قالوا: أنه إذا قدر على التطيين لزمه.

ومنها: الأخرس يقف في الصلاة ساكتًا، وقيل: يحرك لسانه؛ لأنه المقدور عليه.

وحكى عن النص، وبه جزم المتولي، فقال: يحرك لسانه بقصد القراءة؛ لأن القراءة تتضمن نطقًا وتحريك اللسان، فلا يسقط المقدور عليه بالمعجوز عنه[٥].

وذكر الإمام في باب زكاة الفطر ضابطًا لبعض هذه الصور، فقال: كل أصل ذي بدل، فالقدرة على بعض الأصل، لا حكم لها، وسبيل القادر على البعض كسبيل العاجز عن الكل، إلا في القادر على بعض الماء، أو القادر على إطعام بعض المساكين إذا انتهى الأمر إلى الإطعام، وإن كان لا بدل له كالفطرة، لزمه الميسور منهما وكستر العورة، إذا وجد بعض الساتر يجب المقدور منه.

وكذلك إذا انتقضت الطهارة بانتقاض بعض المحل، فالوجه القطع بالإتيان بالمقدور

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٩٧).

(٢) قال النووي: وهذا الطريق أقوى في الدليل؛ لأنه واحد والمحذور الذي قاله الأول يزول بما ذكرناه. انظر: المجموع شرح المهذب (٢/٢٦٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٩٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/٢٥٧).

(٥) انظر: المجموع شرح المذهب (٣/٢٩٤).

عليه، يعنى كما لو قطع بعض يده، يجب عليه غسل الباقى، قال: وقد ذكر بعض الأصحاب فيه خلافًا بعيدًا، وهو قريب من التردد فيما نحن فيه، يعنى من الفطرة.

قلت: ويرد على الحصر فيما استثناه من صورة القادر على بعض الماء(١)، ما سبق من القادر على بعض الفاتحة، يجب، وإن كان لها بدل عند العجز عنها، وغير ذلك(٢).

والأحسن فى الضبط أن يقال: إن كان المقدور عليه ليس هو مقصودًا من العبادة، بل هو وسيلة لم يجب قطعًا كإمرار الموسى على الرأس فى الحلق والختان؛ لأنه إنما وجب لقصد الحلق والقطع، وقد سقط المقصود، فسقط الوسيلة(٣)، وإنما جرى الخلاف فى تحريك اللسان من الأخرس(٤) ونظائره؛ للخلاف فى أنه وجب وجوب المقاصد أو الوسائل.

وإن كان مقصودًا نظر، فإن كان لا بدل له وجب كستر العورة(٥) وغسل النجاسة(٦)، وإن كان له بدل ينظر، فإن كان اسم المأمور به يصدق على بعضه، وجب أيضًا كالماء؛ لأن القليل منه يطلق عليه اسم الماء(٧)، وإن كان لا يصدق لم يجب كبعض الرقبة، فإنه لا يسمى رقبة(٨)، وأيضًا فإن كان على التراخى ولا يخاف فواته، لم يجب كالكفارة، وإلا وجب(٩).

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١٥٩/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٥٩/١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠٢/٣).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب (٢٩٤/٣).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١٥٩/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٥٩/١).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١٥٩/١).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٣١٠/٨).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٢٩٧/٨).

حرف التاء

التابع لا يفرد

من فروعه: إن من أحيا شيئًا له حريم ملك الحريم على الأصح تبعًا، كما يملك عرصة الدار ببناء الدار، فلو باع حريم ملكه دون الملك لم يصح، قاله العبادى، كما لو باع شرب الماء وحده[(١)].

ومنه: يدخل الحمل فى بيع الأم، ولو باع الحمل لم يصح[(٢)]، نعم لو أعتقه صح ولم تعتق الأم على الصحيح؛ لأنها لا تتبعه بخلاف العكس[(٣)].

ومنه: الدود المتولد فى الطعام يجوز أكله معه تبعًا لا منفردًا فى الأصح[(٤)]. وحكى الرافعى فى باب الهدنة عن ابن كج أنه لو نقض السوقة العهد ولم يعلم الرئيس والأشراف، ففى انتقاض العهد فى حق السوقة وجهان، أحدهما: المنع كما لا اعتبار بعهدهم[(٥)].

* * *

التابع يسقط بسقوط المتبوع

كمن فاتته صلاة فى أيام الجنون لا يستحب له قضاء رواتبها؛ لأن الفرض سقط[(٦)]، وكذلك من فاته الحج يتحلل بالطواف والسعى، ولا يتحلل بالرمى والمبيت؛ لأنهما من توابع الوقوف، وقد سقط فيسقط التابع[(٧)].

أما إذا كان التابع مقصودًا لم يسقط بسقوط المتبوع، كغسل العضد يشرع مع قطع اليد من فوق المرفق؛ لأن تطويل الغرة مقصود بنفسه.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٧).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٧)، روضة الطالبين (٣/٤٠٦).

(٣) قال فى مغنى المحتاج: وإن دبر حملاً عفروه صح كما يصح إعتاقه دونها، ولا تتبعه الأم بخلاف عكسه؛ لأن الحمل تابع، فلا يكون متبوعًا. انظر: مغنى المحتاج (٤/٥١٤).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٠/٣٣٧، ٣٣٨).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).

ولهذا لو بدأ به قبل غسل المرفق والساعد جاز، قطع به الأصحاب[(١)]، وينبغي مجيء خلاف فيه، فكما حكاه الدارمى فى غسل جزء من الرأس مع الوجه أنه هل وجب لنفسه أو لغيره، كما سبق قريبًا.

وذكر الإمام أن ما يغسل من الرأس، لأجل استيعاب الوجه لا يستحب غسله، إذا سقط غسل الوجه لعلة أو عذر، ولعله بناء على أنه وجب تبعًا، فإن قلنا: وجب فى نفسه، لم يسقط، كما فى العضد[(٢)].

وقال ابن الأستاذ: فيما قاله الإمام نظر، فإن تطويل الغرة مستحب والتحجيل مستحب، فلا يبعد إذا كان الإمساس مستحبًا للتحجيل أن يكون ذلك أيضًا مستحبًا فى الوجه لأجل الغرة، لكن يمكن أن يقال: إن الاستحباب فى العضد لم يكن على سبيل التبعية، فإن الحكم متغاير، وهو استحباب العضد ووجوب الغسل فى الساعد، بخلاف تطويل الغرة، فإنه تابع.

ولهذا كان الكل واجبًا، أى إنما اختلفوا هل وجب لنفسه أو لغيره؟ فإن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وإذا سقط المتبوع سقط التابع، وأيضًا فإن فرض هذا العضو، أعنى الرأس، وهو المسح، باق عند تعذر غسل الوجه، وكذلك السنة فى مسح الرقبة، فلا يفوت شىء بخلافه ثم، فإنا لو لم نقل باستحباب غسل العضد لفاتت سنة التحجيل بالكلية، لا إلى بدل.

ومنها: إذا بطل أمان رجال، لم يبطل أمان نسائهم وصبيانهم فى الأصح[(٣)].

ومنها: نص الإمام الشافعى، رضى الله عنه، على أن الفارس إذا مات فى أثناء الحرب سقط سهمه، ولو مات الفرس استحق سهم الفرس، والفرق أن الفارس متبوع، فإذا فات فات الأصل[(٤)]، والفرس تابع، فإذا مات جاز أن يقع سهمه للمتبوع، وإذا مات الغازى صرف لزوجته وأولاده ترغيبًا للناس فى الجهاد، وفى قول: لا؛ لأن تبعيتهم زالت بموت المتبوع[(٥)].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).
(٣) قال السيوطى: لأنهم إنما دخلوا فى الأمان تبعًا، ولكن الأصح خلافه. انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١١٨).

التابع لا يتقدم على المتبوع

المزارعة على البياض بين النخيل والعنب جائزة تبعًا لها بشروط:

منها: أن يتقدم لفظ المساقاة، فلو قدم المزارعة، فقال: زارعتك على البياض وساقيتك على النخيل على كذا، لم يصح؛ لأن التابع لا يتقدم على المتبوع[١]، كما لو باع بشرط الرهن، فقدم لفظ الرهن على البيع لا يصح[٢].

* * *

التابع هل يكون له تابع؟

لو قطع الأصابع وحدها، وجبت الدية، فإن قطع اليد من الكوع لم يلزمه أكثر من الدية، ويجعل الكف تبعًا للأصابع، وإن قطع زيادة على ذلك لم يجعل تبعًا، بل يلزمه للزيادة حكومة على قدرها؛ لأن التابع لا يكون له تابع[٣].

كذا علله صاحب البحر نقلاً عن الماسرجسي.

ومنها: إذا قلنا باستحباب مسح الرقبة في الوضوء، فعن الروياني: يمسحه بماء جديد. قال الرافعي: وميل الأكثرين إلى أنه يكفي مسحه بالبلل الباقي[٤]، وهو قضية كلام المسعودي؛ لأنه ذكر أنه غير مقصود في نفسه، بل هو تابع للقفا في المسح، والقفا تابع للرأس؛ لتطويل الغرة[٥].

ومنها: هل يسن تكبير العيد خلف النوافل؟ فيه خلاف. قال في البيان: والأصح لا يسن؛ لأن النفل تابع للفرائض، والتابع لا يكون له تابع.

ومنها: يقال أيضًا: ليس لصلاة العيد سنة قبلها ولا بعدها؛ لأنها نافلة، والنافلة لا أتباع لها[٦].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٨٢).

(٤) قال النووي في الزوائد: وذهب كثيرون من أصحابنا إلى أنها لا تمسح؛ لأنه لم يثبت فيها شيء أصلاً، ولهذا لم يذكره الشافعي ومتقدمو الأصحاب. انظر: روضة الطالبين (١/٦١).

(٥) قال النووي في الزوائد: وذهب كثيرون من أصحابنا إلى أنها لا تمسح؛ لأنه لم يثبت فيها شيء أصلاً، ولهذا لم يذكره الشافعي ومتقدمو الأصحاب. انظر: روضة الطالبين (١/٦١).

(٦) جاء في الروضة: ويستحب للإمام أن يؤخر الخروج في عيد الفطر قليلاً، ويعجل في=

ومنها: لو حضر الجمعة من لا تنعقد به، كالعبد والمرأة والمسافر، فلا يصح إحرامهم إلا بعد إحرام أربعين من أهل الكمال؛ لأنهم تبع لهم، كما فى أهل الكمال مع الإمام، كذا قاله القاضى الحسين فى فتاويه[١]، وقياسه أن يمتنع عليهم التقدم فى الأفعال وغيره من أحكام الاقتداء، وهو بعيد، بل القصد الانعقاد فى الابتداء خاصة.

ولهذا لو خطب بأربعين وأحرم بهم، ثم لحقهم أربعون، وأحرموا مع الإمام، ثم انفض السابقون جميعهم، وبقى الأربعون اللاحقون الذين لم يسمعوا صحت الجمعة بهم، ولو لوحظ ما ذكره لبطلت الجمعة[٢].

ومنها: لو تباعد المأموم عن الإمام أبعد من ثلاثمائة ذراع، وكان بينهما شخص يحصل به الاتصال صح بشرط أن يحرم قبله؛ لأنه تبع له، كما أنه تابع لإمامه، ذكره القاضى أيضًا[٣].

* * *

التبعية ضربان

أحدهما: مع الاتصال بالمتبوع، فيلتحق به لتعذر انفراده عنه، كذكاة الجنين ذكاة أمه، فإنه يستبيح بذبح الأم حل الجنين بشرطه[٤]، وكذلك تبعية الحمل فى العتق والبيع[٥]، وتبعية المغرس للأشجار[٦]، والأس للدار[٧]. قال الإمام: ويدخل الحمل والثمرة فى كل عقد اختيارى، كالبيع والإجارة والصداق والخلع والصلح.

وأما القهرية كالرد بالعيب والرجوع فى الهبة وفى الفلس إلى بيع الرهن قهرًا، فلا يدخلان، والفرق أن عقود الاختيار مصونة عن الغرر بخلاف التصرف القهرى، ولما

=الأضحى، ويكره للإمام أن يتنفل قبل صلاة العيد وبعدها، ولا يكره للمأموم قبلها ولا بعدها. انظر: روضة الطالبين (٢/٧٦).

(١) نقله عنه الإمام السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/١٢٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢/٩).

(٣) نقله الإمام السيوطى عنه فى الأشباه والنظائر (١/١٢٠).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤/٣٠٦).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٤/٥١٤).

(٦) قال فى مغنى المحتاج: والأصح أنه لا يدخل فى بيعها؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله، فليس له بيعه. انظر: مغنى المحتاج (٢/٨٦).

(٧) انظر: مغنى المحتاج (٢/٨٤).

نقصت الهبة عن تعبدات البيع، فرق بينهما فى الجديد، فقال: لا يدخلان فيها، وألحقها فى القديم بالبيع.

والثانى: بعد الانفصال، كالصبى إذا أسر معه أحد أبويه، فإنه يتبعه وإن كان منفصلاً عنهما، فإن لم يكن معه أحدهما، فوجهان، وإن كانا معدومين تبع السابى قطعًا، وكذلك ولد المسلم يتبعه، إذا كانت أمه كافرة، وكذلك ولد الذمى يتبعه إذا لم يكن بالغًا، ولهذا لو بلغ جعلت جزيته كجزية أبيه على وجه تبعًا، ومما يثبت تبعًا لا ابتداء، إذا صاموا بشهادة واحد ثلاثين يومًا ولم يروا الهلال، ففى الإفطار وجهان:

أحدهما: لا يثبت؛ لأنه لو شهد ابتداء فى هلال شوال لما كفى، وأصحهما ثبوته ضمنًا[١]، كشهادة النساء على الولادة ثبتت ويثبت النسب تبعًا، ولو شهدت به ابتداء لم يسمع[٢].

* * *

التبعيض والتجزئة

إذا لم يكن كالثلاثة نصفت على ما يمكن مع الاحتياط، وهو اثنان.

وذلك كالطلاق للعبد، جعل له طلقتان مع أنه على النصف من الحر[٣]، وكذلك الأقراء فى الأمة قرآن[٤]، وكذلك الأسباب الثلاثة فى التحلل من الحج، وهو الحلق والرمى والطواف، ويحصل التحلل الأول باثنين منها[٥].

* * *

التأقيت

كل عقد كانت المدة ركنًا فيه لا يكون إلا مؤقتًا، كالإجارة والمساقاة والهدنة[٦]، فأما الإجارة فالمراد بها العينية، فأما التى فى الذمة، فإنها تارة تقوم بالزمان وتارة بالعمل، وقد يعرض التأقيت حيث لا ينافيه، كالقارض تذكر فيه مدة يمتنع من الشراء بعدها

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/ ١٢٠).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/ ١٢٠).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٨/ ٧١).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٨/ ٣٦٨).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/ ١٠٣).
(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/ ٢٨٢).

فقط[١]، وكالإذن المقيد بالزمان فى أبوابه خاصة كالوصاية[٢]، ومما يقبل التأقيت الإيلاء والظهار والنذر واليمين ونحوها[٣]، ومما لا يقبله الجزية لا تصح مؤقتة على المذهب[٤].

* * *

التتابع

ما أوجب الله فيه التتابع، لم يجز تفريقه قطعًا، كصوم رمضان[٥]، والكفارة[٦].

وما أوجب فيه التفريق كصوم المتمتع العشرة أيام، هل يجوز تتابعه؟ قولان أصحهما: لا، وإنما جرى هنا خلاف؛ لأن التفريق احتمل أن يكون للتعبد، واحتمل أن يكون للرخصة والتيسير، فإن التوالى تغلب فيه المشقة، والصحيح تغليب التعبد؛ لأنه لما جاز أن يكون التقييد بالتفريق شرطًا، كذلك التقييد بالتتابع[٧].

* * *

تحمل المؤنة بمال الغير ضربان

الأول: أن يكون فى أداء واجب عنه، فإن كان مما يخف حمله، لم يسقط كما لو وهب للمسافر الماء، فيجب القبول فى الأصح[٨]. قال الماوردى: وإنما يجب بعد دخول الوقت، وإن ثقلت لم يجب، ويسقط الواجب، سواء كان له بدل كهبة ثمن الماء، وإن كان الواهب أصله أو فرعه فى الأصح، أو لا بدل له، كالعارى يوهب الثوب، فلا يلزمه قبوله فى الأصح، وقيل: يلزمه ويصلى فيه ثم يرده قهرًا، وقيل: لا يرده[٩].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٢).

(٤) قال العلامة السيوطى: والحاصل أن ما لا يقبل التأقيت بحال، ومتى أقت بطل البيع بأنواعه، والنكاح والوقف قطعًا والجزية. انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٧٣).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٦٥).

(٧) جاء فى الروضة: وحكى فى وجوب التتابع قول مخرج من كفارة اليمين، وهو شاذ ضعيف. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٦).

(٨) الثانى: لا يجب قبول الماء للمنة كالثمن، ولا قبول العارية إذا زادت قيمة المستعار على ثمن الماء. انظر: مغنى المحتاج (١/٩١).

(٩) انظر: مغنى المحتاج (١/٩١).

ومنه: لو وهب له راحلة ليحج عليها لم يلزمه قبولها للمنة[١].

ومنه: إذا بذل للمعضوب مالاً ليحج عنه، لم يلزمه قبوله لقطع المانة، سواء كان الباذل أجنبيًا أو بعضه في الأصح فيهما، بخلاف ما لو بذلا الطاعة، فيلزم القبول في الولد قطعًا، وكذا في الأجنبي في الأصح[٢].

الثاني: أن يكون في عين فيستحقها:

والضابط فيه: إن كان أثرًا محضًا، كما لو غصب ثوبًا فقصره ثم رده ووهب منه القصارة، فإنه يجبر على القبول قطعًا[٣]، قاله المحاملي في المجموع، وإن كان عينًا فقسمها المحاملي والماوردي والقاضي الحسين وغيرهم في باب الغصب إلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يهب له عينًا متميزة من ماله، فلا يجب عليه قبولها بلا خلاف. قلت: إلا إذا وهب لفاقد الماء ماء أو أعير دلوًا، فإنه يجب القبول في الأصح لحق الله تعالى[٤].

ولو باع مصراة، فاطلع المشتري على ذلك بعد الحلب، واللبن باق، لم يكلف رده مع المصراة؛ لأن ما حدث بعد البيع ملك له، وقد اختلط باللبن المبيع حال العقد، وتعذر التمييز، فكان كالتالف، فلو أراد رده، فهل يجبر البائع على أخذه؟ وجهان، أحدهما: نعم؛ لأنه أقرب إلى استحقاقه من بدله، وأصحهما: لا؛ لذهاب طراوته بمضي الزمان.

قال الرافعي: ولا خلاف أنه لو تغير وحمض لم يكلف أخذه[٥]، ولو تبرع شخص بقضاء دين غيره، لا يجب على رب المال قبوله؛ لأن قبوله يتضمن تمليكًا لمن عليه الدين أولاً، ثم يسقط الدين عنه بملكه، إلا أن تملكه لما كان في ضمن أخذه لنفسه صح، وإن لم يوكله، قاله القفال في فتاويه.

الثاني: أن يهب له منفعة متصلة بماله، كما إذا أصدقها عبدًا فسمن أو تعلم صنعة، ثم طلقها قبل الدخول، وجب تسليم النصف بزيادته، ويجبر على قبوله بلا خلاف[٦].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٥/٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٥/٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢٩١/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٩٨/١).

(٥) ذكره بنصه في روضة الطالبين (٤٦٩/٣).

(٦) ذكر الحناطي وجهًا أنه لا يجبر للمنة. انظر: روضة الطالبين (٢٩٣/٧).

قلت: إلا إذا وهبت الزوجة نصف الثمار المؤبرة للزوج، ففي وجوب الإجابة وجهان، أصحهما المنع للمنة[١].

الثالث: أن يهبه عينًا متصلة بماله، كما لو غصب ثوبًا فصبغه ثم رده ووهبه الصبغ، فهل يجبر على قبوله؟ وجهان[٢]، وكذا لو غصب أرضًا فغرس فيها، ثم وهبه الغراس، ففي إجباره وجهان[٣]، وكما لو غصب ألواحًا وسمرها بمسامير، ثم ردها وترك المسامير، فالمنصوص أنه يجبر على قبوله، وقيل: لا يجبر[٤].

ولو غصب دابة فأنعلها ولا يمكنه قلعه؛ لأنها تنقص به، فيلزمه الأرض، فلو ترك النعل له، فهل يجبر على قبوله؟ وجهان بخلاف ما لو اشترى دابة فأنعلها، ثم اطلع على عيب قديم بها لو قلع النعل لنقصت، فيمتنع الرد به، فلو ترك النعل لزمه القبول قطعًا[٥]، والفرق أنه تصرف في خالص ملكه وليس بمعتد بخلاف الغاصب.

ولو باع ثمرة يغلب تلاحقها واختلطت ورضي البائع بترك حقه، وقلنا: لا ينفسخ البيع بالاختلاط، أجبر المشتري على أخذ الثمرة كلها[٦]، قاله الشيخ أبو محمد في الفروق.

ولو باع أرضًا مبذورة إن كان مما يؤخذ دفعة واحدة، لم يدخل في بيع الأرض، وللمشتري الخيار إن جهله، فإن تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول. ولو قال: خذه وافرغ الأرض، سقط خياره أيضًا إن أمكن في زمن يسير[٧].

ولو باع أرضًا وفيها أحجار في قلعها ضرر لا في تركها، يخير المشتري، فلو رضي البائع بتركها سقط خيار المشتري إبقاء للعقد، ثم ينظر إن اقتصر على قوله: تركتها للمشتري، فهو تمليك أو مجرد إعراض القطع الخصومة، وجهان كالوجهين في ترك النعل في الدابة المردودة بالعيب، أحدهما: تمليك؛ ليكون سقوط الخيار في مقابلة ملك

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٩٩).
(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٩١).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٧).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٩).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٤٩).
(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٦٨).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٤١).

حاصل، وأصحهما أنه قطع للخصومة لا غير.

فعلى الأول لو ملكها المشترى يومًا فهى له، ولو بدا للبائع فى تركها لم يكن له الرجوع، وعلى الثانى فهى للبائع، وإن أراد الرجوع فله ذلك، ويعود خيار المشترى فى الأصح[١].

* * *

التحمل مراتب

ذكرها الإمام فى باب زكاة الفطر:

الأولى: وهى العليا تأدية الزكاة صرفًا إلى الغارم[٢].

وهذا تحمل على الحقيقة وارد على وجوب المستقر.

الثانية: تحمل العاقلة فى الدية، وهل الوجوب يلاقى القاتل أولاً؟ وجهان أصحهما: نعم؛ لأنه المتلف والمتحمل مخفف عنه، وبدليل أنه لو تعذرت العاقلة غرمنا القاتل الدية[٣]. قال الإمام: فإذا قطعتم بهذا، فأى أثر لقول من يقول: الوجوب لا يلاقيه؟ قيل: أثره أن الإبراء لو وجه عليه مع تحمل العقل لغا، ولو فرض ذلك ممن القاتل وارثه، لم يكن وصية لوارث، ويجوز أن يقال: هو مع العاقلة، كالبعض منهم مع القرب، مع إمكان مطالبة القرب.

الثالثة: تحمل الزوج عن الزوجة زكاة الفطر، والسيد عن عبده، والقريب عن قريبه، وهل هى وجبت على الزوج ابتداء أو عليها وتحمله الزوج؟ خلاف والأصح الثانى، وقيل بطرده فى السيد والقريب، وقيل: بل عليها ابتداء قطعًا؛ لأن الرقيق لا قدرة له؛ لعدم ملكه، والقريب وجبت نفقته على غيره لا قيمًا، وإذا قلنا بالتحمل، فهل هو كالحوالة أو الضمان؟ وجهان[٤].

الرابعة: تحمل الزوج عن زوجته فى كفارة الوقاع[٥]. قال الإمام: وهى أبعد المراتب؛

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥٤٣/٣).
(٢) انظر: روضة الطالبين (٣١٧/٢).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٣٥٧/٩).
(٤) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٢٩٤/٢).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٣٧٤/٢).

لما فيه من تحمل القرب وإيجاد الكفارة، بخلاف صدقة الفطر، فإنا نوجبها عليه ابتداء في زوجته ورقيقه وقريبه.

* * *

التحيات ثمان

إحداها: تحية المسجد بركعتين، إلا في صور:

الخطيب يدخل للخطبة[(١)]، والداخل والناس في مكتوبة[(٢)]، أو وقد شرع المؤذن في الإقامة[(٣)]، أو وقد فرغ الإمام من خطبة الجمعة[(٤)]، والداخل للمسجد الحرام[(٥)]، ولو دخل المسجد والإمام يصلي في نافلة جماعة كالعيد، ففي استحباب التحية وجهان في الفرق لابن جماعة المقدسي، وفرق بينه وبين صلاة من دخل والإمام يصلي الفريضة، بأن صلاة الفريضة في الجماعة أفضل من صلاة النافلة.

الثانية: تحية البيت بالطواف، وقد صرحوا بأنه تحية البيت لا المسجد، ولهذا يبدأ إذا دخله بطواف القدوم[(٦)]. قال القاضي أبو الطيب: وإنما لم نأمره بركعتين بعد تحية المسجد؛ لأنه يصلي ركعتين للطواف، وذلك يجزيه عن التحية، قيل: ولو طاف وصلى ثم دخل الكعبة، فهل يستحب ركعتان تحية دخولها؛ لأن الطواف تحية رؤيتها؟ فيه نظر.

قلت: لا يستحب؛ لأن المساجد المتصلة لها حكم الواحد، وقد صلى عن الأول، فلا يصلي للثاني، وقوله: الطواف تحية الرؤية، عجيب، وإنما هو تحية البيت.

الثالثة: تحية الحرم بالإحرام[(٧)].

الرابعة: تحية منى بالرمي.

الخامسة: تحية عرفة بالوقوف[(٨)].

---

(١) انظر: الاعتناء في الفروق والاستثناء (١/٢٤٩).

(٢) انظر: الاعتناء في الفروق والاستثناء (١/٢٤٩).

(٣) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي (١/٤٩٣).

(٤) لئلا يفوته أول الجمعة مع الإمام. انظر: روضة الطالبين (٢/٣٠).

(٥) انظر: الاعتناء في الفروق والاستثناء (١/٢٥٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/٧٦).

(٧) انظر: مغني المحتاج (١/٤٧٦).

السادسة: يندب للقاضى تحية مجلس القضاء بركعتين على وجه حكاه شريح الرويانى.

السابعة: تحية المسجد بالخطبة بالنسبة للخطيب يوم الجمعة، قاله النووى، وتكون التحية هنا بالخطبة، كما كانت فى المسجد الحرام بالطواف[١].

الثامنة: تحية المسلم أول اللقاء بالسلام عليكم[٢].

* * *

التحريم المتوقع لا يؤثر فى الحال عدم الحل
كما أن الحل المتوقع لا يؤثر فى منع الحل فى الحال

وفروعه منتشرة:

منها: من أعتق فى مرضه أمة، قال الأكثرون خلافًا لابن الحداد: يجوز لوليها القريب أن يزوجها مع احتمال الرق فى بعضها، حيث لا يخرج من الثلث أو كلها، بأن يحدث دين مستغرق نظرًا إلى أن الصحة الناجزة لا تترك فى الحال لما يتوهم، وكذلك المعتق نفسه لو أراد أن يزوجها جاز عند الأكثرين، وابن الحداد ممن وافق هاهنا، كما نص عليه فى الفروع، وإن كان كلام الماوردى يخالف ذلك فى النقل عنه[٣].

ومنها: لو وهب المريض أمة، حل للمتهب وطؤها[٤]، واحتجوا بذلك على ابن الحداد، وهو يقتضى موافقته هنا، لكن نقل الإمام عن الشيخ أبى على: أنه يحتمل المنع على طريق ابن الحداد.

وقد صرح بذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع، جازمًا بالتحريم، وجعله

---

(٨) انظر: روضة الطالبين (٣/٩٤).

(١) ذكره النووى فى المجموع شرح المهذب (٤/٥٢٩).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (٤/٥٩٣).

(٣) قال الإمام: ويجوز أن يقال على مقتضى قول ابن الحداد: النكاح هاهنا محمول على الصحة، ويجوز خلافه؛ لضعف ملك المريض. قال الشيخ أبو على: ومفهوم كلام ابن الحداد أنه إذا لم يكن لها ولى غير السيد فزوجها صح؛ لأنها إن لم تخرج من الثلث فهو ولى ما عتق بالولاء، ومالك لما لم يعتق، فإن زوجها السيد ولها ولى مناسب، إن كان بإذنه صح قطعًا، وإلا فلا قطعًا. انظر: روضة الطالبين (٧/١٠٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/٢٨١).

الماوردى عن ابن سريج وابن الحداد وجهين.

ومنها: يجوز عقد النكاح بشهادة مستورين، ويتسلط الزوج على الاستمتاع فى الحال، وإن كنا نقول: لو بانا فاسقين عند العقد لأبطل النكاح(١).

ومنها: لو انفضت عدتها بالإقراء، وخافت حملاً ولم تتيقنه، فإن المذهب المنصوص أن النكاح لا يبطل فى الحال، بل هو كالتى تزوجت، ثم ارتابت، بخلاف ما لو حصلت الريبة قبل انقضاء العدة(٢).

ومنها: لو أسلم واحدة من الإماء، فله أن يختارها للبقاء دون الفسخ(٣). قال ابن الرفعة: وكان يحتمل أن لا يصح اختيارها للبقاء أيضًا؛ لاحتمال أن يعتق واحدة من الباقيات، ثم تسلم قبل انقضاء عدتها، فإنه يندفع بذلك نكاح الأمة، أو يصير كما لو أسلم وتحته حرة وأمة، وأسلمت الأمة وتخلفت الحرة، أى فإنها تنتظر. انتهى.

وأجيب بأن الحرية من المسلمة المستشهد بها موجودة فى زوجة لم تتحقق بينونتها، ولا يمكن مع ذلك أن يختار أمة؛ لئلا يلزم الجمع بين الحرة والأمة. وأما فى الفرع المذكور، فليست الحرية موجودة حتى يلزم المحذور المذكور، وحقه فى الاختيار لازم، فجاز أن يختار للبقاء ولا يختار هنا للفسخ؛ لأن الباقيات قد لا يسلمن.

ومنها: للزوجة التصرف فى جميع الصداق بمجرد العقد، وإن كان لا يستقر ملكها عليه إلا بالدخول(٤)، وكذلك للمؤجر التصرف فى الأجرة المقبوضة، وأنه يملك منفعتها فى الحال، وإن لم تنقض المدة(٥)، وما وقع فى فتاوى القفال مما يقتضى خلافه غير مساعد عليه؛ لما ذكرنا من هذه الشواهد، خلافًا لمن اعتمده من المتأخرين.

ويستثنى من هذه القاعدة صور:

إحداها: لو عتقت الأمة فى عدة رجعية تحت عبد، فإن فسخت صح، وإن اختارت

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤٧/٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٧٧/٨).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١٩٧/٣).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٢٢١/٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٧٤/٥).

المقام معه لم يصح؛ لأنها جارية إلى بينونة، وقيل: يصح؛ لأنه يتضمن إسقاط حقها[١].

الثانية: الزوجة إذا ارتدت بعد الدخول، فإنه يحرم على زوجها نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء عدتها، قطعوا به. وحاول ابن الرفعة إثبات خلاف فيه[٢]، كما سبق. وحكى الوجهين فيما إذا أسلم وتخلفت زوجته، هل له أن يتزوج أختها؟ وقد حكاهما الرافعي قولين عند الكلام فى مسألة العتيقة فى مرض الموت[٣]، لكن التخريج قد يمنع.

والفرق إنما جاء الخلاف من جهة أن أنكحة الكفار فى صحتها خلاف، وأن التقرير بمنزلة ابتداء النكاح صحيح قطعًا، وزوال الردة ليس بابتداء قطعًا، فلذلك لم يجئ الخلاف، لكن قضية هذا الفرق أن المرتدة المملوكة، أو المزوجة ليس له أن يطأ أختها بملك اليمين، وهو كذلك.

والضابط لهذه الصور أن المأتى به إن كان قد بنى على أمر ظاهر مأذون فيه، فلا توقف فى جواز التصرف، كمن اشترى أمة بناء على ظاهر اليد، فله وطؤها، وإن كان يحتمل ظهورها مستحقة، أو مرهونة[٤]، ومثله مسألة الشهود[٥]، ومسألة الولى مع احتمال عدم ولايته[٦].

وهذا إذا لم يعارض الظاهر سبب أقوى منه، كمسألة الحرة المختلفة مع إسلام الإماء[٧]، وإن كان المبنى على الظاهر لم يعارضه سبب أقوى منه، ولكنه يتوقع بحالة

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٩٣/٧).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (١٨٢/٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠٦/٧).

(٤) قال الخطيب الشربينى: ووطء المشترى من الغاصب كوطئه، أى الغاصب، فى الحد والمهر وأرش البكارة أيضًا إن كانت بكرًا؛ لاشتراكهما فى وضع اليد على ملك الغير بغير حق، فيأتى فيه ما ذكر فى حالة العلم والجهل، إلاّ أن جهل المشترى قد ينشأ من الجهل بكونها معضوبة، فإنه يقبل قوله فى ذلك. انظر: مغنى المحتاج (٢٩٤/٢).

(٥) يقصد به مسألة عقد النكاح بشهادة مستورين، وجواز تسلط الزوج على الاستمتاع. انظر: روضة الطالبين (٤٧/٧).

(٦) وهى مسألة من أعتق أمة فى مرض موته، فزوجها الولى القريب. انظر: روضة الطالبين (١٠٧/٧).

(٧) وهى مسألة إذا أسلم وفى نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً وأسلمن، نظر إن أسلمت الحرة بعد أو كانت مدخولاً بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها، تعينت واندفع الإماء.

ولو تخلفت الحرة واجتمع إسلامه وإسلامهن وهن عتيقات، فله أن يختارهن ثم إن أسلمت=

قائمة هى سبب لذلك المتوقع، جرى الخلاف وقوى جانب من بنى الأمر على الظاهر من غير نظر إلى المتوقع المذكور.

ومنه مسألة العتيقة فى المرض المختلف فيها بين ابن الحداد والجمهور[١].

* * *

التحريم يتعدد وتتعدد أسبابه

فإن الزنى محرم، فلو زنى بأمه كان عقابه أعظم؛ لانتهاك حرمة القرابة وللزنى، فلو كان فى الكعبة كان فيه انتهاك ثلاث حرمات، فلو كان فى زمان رمضان كان أربع.

وكذلك الحائض المستبرئة محرمة من جهة البائع، وضعف الملك، ومن جهة وجوب الاستبراء، فإذا ارتفع التحريم المستند لضعف الملك ولحق البائع، بقى التحريم بسبب الاستبراء، وإذا ارتفع إحدى الحرمتين وجب ثبوت الحل الآن؛ للحرمة المرتفعة، وإلا ارتفع النقيضان[٢].

وبهذا يندفع اعتراض من توهم التناقض بين قول الرافعى فى باب الاستبراء أن وقوع الحيض فى زمن الخيار المشروط لا يكفى؛ لأن الملك غير لازم[٣]، وقوله فى باب الخيار: إنه إذا اشتراها بشرط الخيار له أنه يحل له الوطء إن جعلنا الملك له، فإنه يقتضى ترجيح الحل ويلزم من الحل الاكتفاء بالاستبراء[٤]، وليس كما فهم المعترض.

فإن المراد بالحل المذكور فى البيع هو ارتفاع التحريم المستند إلى ضعف الملك، وإن كان التحريم باقيًا لمعنى آخر، وهو الاستبراء، ومن ذلك المطلقة ثلاثًا حرام من جهة أنها صارت أجنبية، ومن جهة أنها مطلقة ثلاثًا، فإذا نكحت غيره ارتفع التحريم الثابت باعتبار الطلاق، وبقى التحريم باعتبار أنها أجنبية فقط[٥]. ومثله الجلد يطهر بالدباغ،

=الحرة المتخلفة فى العدة بانت باختيار الأربع، وإن لم تسلم بانت باختلاف الدين. بتصرف. انظر: روضة الطالبين (٧/١٥٩، ١٦٠).

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/١٠٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/٤٣٢).

(٣) قال فى الروضة: ولو وقع الحمل أو الحيض فى زمن خيار الشرط فى الشراء، فإن قلنا: الملك للبائع، لم يحصل الاستبراء، وإن قلنا: للمشترى، لم يحصل أيضًا على الأصح؛ لضعف الملك. وقيل: يحصل، وقيل: يحصل فى صورة الحمل دون الحيض؛ لقوة الحمل. انظر: روضة الطالبين (٨/٤٣٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٥٢).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٣/١٨٢).

أى تطهر النجاسة العينية وتبقى الحكمية لا تطهر إلا بالغسل[١]. ومثله وطء الحائض محرم فقط لغايتين: الانقطاع والغسل[٢]. والمطلقة ثلاثًا تحرم لغايتين: نكاحها آخر، وانقضاء عدتها منه[٣].

* * *

التخفيف فى الشرع على ستة أوجه

أحدها: بإسقاط المفروض، كإسقاط الحج عن الفقير، والصلاة عن الحائض والمجنون والمغمى عليه[٤].

الثانى: بالتنقيص، أما بالأصل كالقصر فى السفر[٥]، أو من الأركان كالإيماء فى أفعال الصلاة للمريض[٦]، والرش فى بول الصبى[٧].

الثالث: بالبدل كمسح الرأس بدلاً عن غسلها[٨]، ومسح الخف عن غسل الرجلين[٩]، والتيمم عن الماء[١٠]، والاستنجاء بالحجر بدلاً عن الماء[١١]، والعاجز عن الصيام بالفدية[١٢].

---

(١) جاء فى الروضة: ويجب الغسل بعد الدبغ إن ذبغ بنجس قطعًا، وكذا إن دبغ بطاهر على الأصح، فعلى هذا إذا لم يغسله يكون طاهر العين، كثوب نجس، بخلاف ما إذا أوجبنا الماء فى أثناء الدباغ، فلم يستعمله، فإنه يكون نجس العين، وهل يطهر بمجرد نقعه فى الماء، أم لابد من استعمال الأدوية ثانيًا؟ وجهان. قلت: أصحهما الثانى، وبه قطع الشيخ أبو محمد، والآخر احتمال لإمام الحرمين، والمراد نقعه فى ماء كثير، والله أعلم. وإذا أوجبنا الغسل بعد الدباغ اشترط سلامته من التغير بأدوية الدباغ، ولا يشترط ذلك إذا أوجبنا استعمال الماء فى أثناء الدباغ. انظر: روضة الطالبين (١/٤٢).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (١/١١٠).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٣/١٨٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٢٣٣).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١/٣١).

(٨) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٣).

(٩) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٣).

(١٠) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

(١١) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٣).

(١٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

الرابع: بالتقديم كالجمع بين الصلاتين وتعجيل الزكاة وتقديم الكفارة المالية على الحنث[١].

الخامس: بالتأخير كالجمع والإفطار للمعذور[٢]، وخوف الانفجار للميت، والخوف من فوت العشاء مع فوت عرفة[٣]. وقد دخل التخفيف فى الصلاة المفروضة من ثلاثة أوجه:

أحدها: من حيث العدد، وله سببان: السفر[٤]، ويوم الجمعة فى حق الجمعة خاصة[٥].

الثاني: من حيث الصفة، وله ثلاثة أسباب: المرض[٦]، والخوف[٧]، وشدة الخوف[٨].

الثالث: من حيث الوقت، وهو تقديم الصلاة وتأخيرها للجمع، وله سببان: السفر[٩] والمطر[١٠]، ويجيء ثالث على رأى، وهو المرض[١١].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٩٦)، (٣/١٠٦).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (١/٢٦٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٤٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٢٣٣).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/٨٢).

(٨) وهى صورة من صور الصلاة المخصوصة بالخوف، وهى اشتداد الخوف، وإن لم يلتحم القتال بأن لم يأمنوا هجوم العدو لو ولوا عنه وانقسموا، فيصلى كل منهم كيف أمكن، راكبًا وماشيًا. انظر: مغنى المحتاج.

(٩) انظر: مغنى المحتاج (١/٢٧).

(١٠) والجديد منعه تأخيرًا؛ لأن استدامة المطر ليست إلى الجامع، فقد ينقطع فيؤدى إلى إخراجها عن وقتها من غير عذر، بخلاف السفر والقديم جوازه. انظر: مغنى المحتاج (١/٢٧٤).

(١١) قال فى مغنى المحتاج: لا جمع بغير السفر والمطر، كمرض وريح وظلمة وخوف ووجل، وهو المشهور؛ لأنه لم ينقل، ولخبر المواقيت، فلا يخالف إلا بصريح. وحكى فى المجموع عن جماعة من أصحابنا جوازه بالمذكورات، وقال: وهو قوى جدًا فى المرض والوجل، واختاره فى الروضة، لكن فرضه فى المرض، وجرى عليه ابن المقرى فى المهمات، وقد ظفرت بنقله عن الشافعى، وهذا هو اللائق بمحاسن الشريعة، وقد قال تعالى: ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾، وعلى ذلك يستحب أن يراعى الأرفق بنفسه. انظر: مغنى المحتاج (١/٢٧٥).

التخيير يتعلق به مباحث

الأول: ما جاز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعيض، إلا أن يكون الحق لمعين ورضى.

ولهذه القاعدة لا يجوز فى كفارة الظهار أن يصوم ثلاثين يومًا ويطعم ثلاثين مسكينًا، ولا أن يعتق نصف عبد، ويصوم شهرًا بلا خلاف[١]. ولا يجوز فى كفارة اليمين أن يطعم خمسة ويكسو خمسة[٢].

ولا يجزى فى الفطرة عن شخص واحد صاع من جنسين فى الأصح[٣]. ولو فضل صاع يوم الفطر وله ولدان يخرجه عن أيهما شاء، ولا يخرج نصف صاع عن هذا، والنصف الآخر عن الآخر[٤].

وأما جزاء الصيد، فلو أدى ثلث شاة، وأطعم بقدر ثلث شاة، وصام الباقى منها، ففى البحر فى باب كفارة الظهار، قال القفال: فيه وجهان، ووجه الجواز أنه قد يجب الثلث فيه ابتداء دون الكل، بخلاف الكفارة. قال: وهذا أقيس عندى وأشبه بالمذهب.

وفى الفروق للشيخ أبى محمد: لو فضل فى الفطرة عن قوت الرجل بعض صاع لزمه؛ لإمكان تصور تبعيض الصاع[٥]، كما فى مالكى العبد[٦]، فإن تصور مثله فى الكفارة ألحقناها بصدقة الفطر، وذلك مثل جزاء الصيد، ويتصور وجوب بعضه بتلف الصيد أو جرحه، فإذا وجب عليه جزاء صيد جاز أن يحصل بعضه من النعم وبعضه من الطعام[٧].

قال القاضى الحسين فى فتاويه: والشفيع مخير بين الأخذ بالشفعة والترك، فلو أراد أخذ بعض الشقص، فليس له ذلك.

ولو اشترى معيبين تخير بين ردهما أو تركهما، وليس له رد أحدهما وترك الآخر[٨].

قال: ولو ادعى على رجل عشرة، فقال المدعى عليه: أقر بخمسة، وأحلف بخمسة له

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٨/٣١٠).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١١/٢١).
(٣) قال الرافعى: ورأيت لبعض المتأخرين تجويزه. انظر: روضة الطالبين (٢/٣٠٤).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٠١).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٠٠).
(٦) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٠٧).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/١٥٦).
(٨) لما فيه من التشقيص على البائع. انظر: روضة الطالبين (٣/٤٨٨).

ذلك، ولو قال: أنا أحلف على خمسة وأرد اليمين فى خمسة، فليس له ذلك.

والفرق أنه فى الأولى حصل مقصود المدعى فى القبض، وفى الثانية خلافه، ومنها أن الشرع خير المتوضئ بين غسل الرجلين والمسح على الخف، فلو أراد أن يغسل إحدى الرجلين ويمسح على الأخرى لم يجز، جزم به الرافعى وغيره(١).

ومنها: فى زكاة الفطر إذا خيرناه بين الأجناس، فليس له إخراجها من جنسين، وإن كان أحدهما أعلى من الواجب، كما إذا أوجب الشعير وأخرج نصف صاع منه، ونصف صاع من الحنطة. قال الرافعى: ورأيت لبعض المتأخرين تجويزه(٢).

وهذا كله عند اتحاد الدافع، فلو تعدد كما لو كان لهما عبد وهما مختلفا القوت، فالأصح أنه يخرج كل واحد منهما نصف صاع من قوته؛ لأنه لم يبعض ما عليه(٣)، وطرد ابن سريج المنع، وقال: المخرج عنه واحد، فلا يبعض واجبه.

ومثله لو قتل ثلاثة محرمون ظبية، فعليهم جزاء واحد خير فيه بين شاة، أو صيام، أو إطعام، فلو أخرج ثلث شاة وأطعم الثانى بقيمة شاة، وصام الآخر عدل ذلك، فإنه يجزئ اتفاقًا(٤).

ولو كان القاتل لها واحدًا لم يجزئه على أحد الوجهين، قاله فى الكفاية، وما نقله من الاتفاق ممنوع.

وذكر الإمام وجهًا فيمن ملك عشرين من الضأن وآخر عشرين من المعز، وخلطا ذلك حتى وجبت فيهما الزكاة، أن لمالك الضأن أن يخرج جزءًا من شاة من جنس ما يملك.

فإن قيل: يجوز الوضوء بماء بعضه عذب وبعضه ملح، فقد جاز التبعيض فى التخيير، قيل: الكل ماء واحد؛ لدخوله تحت الحقيقة، وهو الإطلاق، فليس هناك شيئان، ويجوز إذا جمع بين الصلاتين أن يتم إحداهما ويقصر الأخرى؛ لما ذكرنا، وأن يجمع فى

---

(١) قال النووى: إن عرض القاضى عليه اليمين على العشرة، وعلى كل جزء منها، فله أن يحلف بعضها وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها لم يكن له الحلف على بعضها، بل يستأنف الدعوى للبعض الذى يريد الحلف عليه. انظر: روضة الطالبين (١٢/٢١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٠٤).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٠٧).

(٤) ذكره فى روضة الطالبين (٢/٣٠٤).

الاستنجاء بين الماء والحجر، ولهذا حصره الجيلى فى هذه الحالة كون الحجر نجسًا[(١)].

تنبيهات:

الأول: احترزنا بقولنا: إلا إذا كان الحق لمعين عن الجبران فى الزكاة، فلو لزمه بنت مخاض فعدمها وعنده بنت لبون دفعها وأخذ شاتين أو عشرين درهمًا، ولو كانت عنده حقة دفعها وأخذ شاتين أو عشرين درهمًا، والخيار فى الشاتين والدراهم لدافعها، ولا تجزئ شاة وعشر دراهم عن جبران واحد؛ لأن الشارع خير بين شاتين وعشرين درهمًا، فامتنع التبعيض.

فإن كان المالك هو الآخذ ورضى جاز؛ لأن له إسقاط حقه كله، وهو معين بخلاف الساعى؛ لأن الحق للفقراء وهم غير معينين، وقضية ذلك أنه لو كان الفقراء محصورين ورضوا بذلك جاز، وهو محتمل، والأقرب المنع؛ نظرًا لأصله، وهذا عارض[(٢)]، وكما لو وجب له قصاص على جماعة، فيجوز قتل الجميع أو أخذ الدية منهم، فلو قتل بعضهم وأخذ الدية من البعض جاز[(٣)].

ولو وجد بعض الإبل فى الدية أخذه وقيمة الباقى[(٤)]، نعم الإمام مخير فى الأسير بين الإرقاق والمن، فلو أرق بعضه، قال البغوى: رق كله، قال الرافعى: وكان يجوز أن يقال: لا يرق شىء[(٥)]، وهذا البحث يتأيد بهذه القاعدة.

الثانى: ما جاز على البدل لا يدخله تبعيض فيهما أيضًا.

---

(١) جاء فى مغنى المحتاج: ويجب الاستنجاء بماء أو حجر، وعلم من قوله: أو حجر، أن الواجب أحدهما، وجمعهما بأن يقدم الحجر أفضل من الاقتصار على الماء؛ لأن العين تزول بالحجر، والأثر يزول بالماء من غير حاجة إلى مخامرة النجاسة، والاقتصار على الماء أفضل من الاقتصار على الحجر؛ لأنه يزيل العين والأثر بخلاف الحجر، وقضية التعليل أنه لا يشترط فى حصول فضيلة الجمع طهارة الحجر، وأنه يكفى بدون الثلاث مع الارتقاء، وبالأول صرح الجيلى نقلاً عن الغزالى، وقال الإسنوى فى الثانى: المعنى وسياق كلامهم يدلان عليه، والظاهر أن بهذا يحصل أصل فضيلة الجمع. انظر: مغنى المحتاج (٤٣/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٦٢/٢، ١٦٣).

(٣) ويأخذ حصة الباقين من الدية، وله أن يقتصر على الدية، فتكون على جميعهم دية واحدة موزعة على عددهم. انظر: روضة الطالبين (١٥٩/٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢٦٢/٩).

(٥) ذكره بنصه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (٢٥٩/١٠).

ولهذا قال الرافعى فى باب العدد الواجب: الواحد لا يتأدى ببعض الأصل وبعض البدل، كخصال الكفارة وكالتيمم مع الوضوء، أما فى أحدهما فنعم، كما لو وجد من الما ما لا يكفيه، فإنه يستعمله ويتيمم عن الباقى.

الثالث: من أمر بشىء وعجز عن الإتيان به جملة، وأمكنه الإتيان بنصفيه معًا، هل يجزيه؟ ننظر إن كمل المقصود بذلك فيما الشرع متشوف لتكميله أجزأه، كما لو أعتق المعسر نصفين من عبديه عن كفارته، وكان باقيهما حرًا، أجزأه فى الأصح، وإن لم يكن كذلك امتنع.

كما لو أخرج فى الزكاة نصفى شاتين، وقيل: يجوز إن كان باقيهما للفقراء(١)، حكاه الجرجانى، وكالتضحية بنصفى شاتين(٢)، وإخراج الفطرة صاعًا من جنسين(٣).

البحث الثانى: ما دخله التخيير من الحقوق، إن تعلق بالذمة كانت الخيرة للدافع، كما فى كفارة اليمين(٤)، وكما فى الزكاة فى الصعود والنزول للمالك(٥)، وكما لو غصب مثليًا وخلطه، فللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط، وقيل: يتعين منه؛ لأنه أقرب إلى حقه.

وإن تعلق بالعين كان الخيار إلى المستحق، كما لو ملك مائتين من الإبل ووجد الفرضين، فإن المنصوص للشافعى، رضى الله عنه: أنه يتعين أخذ الأغبط ولا يتخير المالك. وخرج ابن سريج تخييره، كالصعود والنزول. وفرق الأصحاب بأن الغرض هنا يتعلق بالملك، فكان التخيير لمستحقه(٦).

ولو كان رأس الشاج أكبر، أخذ منه قدر رأس المشجوج فقط، والصحيح عند الإمام والرافعى أن الاختيار فى موضعه إلى الجانى، ولكن المنصوص وعليه الجمهور أن الاختيار للمستحق(٧).

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢٨٨/٨).

(٢) قاله ابن سريج وابن خيران. انظر: روضة الطالبين (٢٨٨/٨).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٤٠٦/١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢١/١١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٥٧/٢، ١٥٨).

(٦) نقله فى الروضة عن الشافعى نصًا، وعن ابن سريج تخريجًا. انظر: روضة الطالبين (١٥٨/٢).

(٧) قال الرافعى: والصحيح الأول، وبه قطع الأكثرون. انظر: روضة الطالبين (١٩٠/٩).

ويستثنى من الأول صور:

أحدها: العين المقترضة إذا طلبها المالك، وأراد المقترض دفع غيرها، فإنه يجاب المالك، مع أن الحق ثابت في الذمة، بناء على أنه يملك القرض بالقبض، ويثبت بدله في ذمته[١].

الثانية: لو رد المبيع بعيب[٢].

الثالثة: لو تملك اللقطة ثم ظهر مالكها، فإن الأصح جواز رجوعه في عينها، مع أن بدلها ثبت في الذمة بمجرد التملك، وانتقلت العين إلى صاحبها بمجرد ظهوره، بل حقه في الذمة إلى أن تظهر العين بخصوصها أو بدلها حتى لو أبرأ الملتقط فتصح[٣]، ولو تعيبت اللقطة في يد الملتقط بعد التملك ثم ظهر مالكها وطلب بدلها سليمًا، وأراد الملتقط دفعها مع الأرش، فإنه يجاب في الأصح[٤].

البحث الثالث: ما يخير فيه إذا اختار أحد الأمرين ثم اختار الآخر قد يلزمان، كما لو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، ونواهما بخير، وفي الأصح فما اختاره لزمه، فلو اختار الطلاق ثم الظهار نفذا[٥]، كما لو قال: إحداكما طالق، ثم قال: أردت هذه، بل هذه، طلقتا[٦].

---

(١) جاء في مغني المحتاج: وللمقرض الرجوع في عينه مادام باقيًا في ملك المقترض بحاله في الأصح؛ لأن له طلب بدله عند فقده، فالمطالبة بعينه أولى؛ لأنه أقرب منه، ويلزم المقترض رده، والثاني لا يرجع فيه، بل للمقترض أن يؤدي حقه من موضع آخر، كسائر الديون. انظر: مغني المحتاج (١٢٠/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٨٠/٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤١٥/٢).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٤١٦/٢).

(٥) جاء في الروضة: قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، فإن نوى بكلامه الطلاق فقط، فهو طلاق على الأظهر الأشهر، وفي قول: ظهار، وقيل: طلاق قطعًا، وقيل: طلاق وظهار، حكاه ابن كج، وإن نوى بكلامه الظهار فظهار، وإن نوى الطلاق والظهار جميعًا نظر، إن أرادهما بمجموع الكلام أو بقوله: أنت عليّ حرام، لم يثبتا معًا. وأيهما يثبت فيه أوجه، أحدها: الطلاق. والثاني: الظهار. والثالث، وبه قال ابن الحداد والجمهور: يخير، فيثبت ما اختاره منها، وإن أراد بقوله: أنت عليّ حرام، الطلاق، وبقوله: كظهر أمي، وقع الطلاق وحصل الظهار. انظر: روضة الطالبين (٢٦٧/٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٠٥/٨).

وقد لا يكون كذلك، كما لو اختار إحدى خصال الكفارة، ثم رجع واختار غيرها، أو اختار أربع حقاق فى المائتين، ثم رجع واختار خمس بنات لبون[١]، أو أخذ محتمل الحدثين بالوضوء، ثم اختار الغسل[٢]، والفرق أن الاختيار فى الطلاق والظهار هو تعيين إيقاع، فلم يقبل الرجوع بخلاف ما ذكر.

وإذا اختار المميز أحد الأبوين دفع إليه، فلو اختار الآخر حول إليه[٣]، ولو اختار الدية سقط القصاص ووجهت الدية، ويكون كقوله: عفوت عن القصاص، على الصحيح، ولو قال: اخترت القصاص، فهل له الرجوع إلى الدية؛ لأنها أخف أم لا كعكسه؟ وجهان أصحهما الثانى، قاله البغوى[٤].

الرابع: من ثبت له التخيير بين حقين، فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن أسقط أحدهما ثبت الآخر، وإذا امتنع منهما، فإن لم يكن فى امتناعه ضرر على غيره ترك، وإن كان ناب عنه الحاكم فى اختيار الاحظ إن كان ماليًا، وإن كان غير مالى ألزم بالاختيار، ويتضح بصور:

ومنها: لو عفا مستحق القصاص عنه، وقلنا: الواجب أحد الأمرين تعين له المال[٥]، ولو عفا عن المال ثبت له القود، ولو امتنع منهما لا يجبر على استيفائه أو العفو إذ لا ضرر على الجانى؛ لأنه يمكنه[٦]، وإذا كان لا يمكن مطالبة ورثته بالعقوبة، قاله المتولى.

ومنها: لو اشترى شيئًا فظهر معيبًا ثم استعمله، دل على الرضا وسقط حقه من الأرش[٧]، وكان يحتمل أن يقال: لا يسقط؛ لأن الواجب إما الرد وإما الأرض، فإسقاط أحدهما لا يسقط الآخر.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/١٦٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١/٥٦).

(٣) فإن عاد واختار الأول أعدناه إلى الأول، فإن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه، جعل عند الأم كما قبل التمييز، وكذا لو بلغ نقصانه وخبله. انظر: روضة الطالبين (٩/١٠٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٤٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٤١).

(٦) جاء فى الروضة: ولو عفا عن القود مطلقًا ولم يتعرض للدية لم تجب دية على المذهب؛ لأن القتل لم يوجبها على هذا القول، والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم. انظر: روضة الطالبين (٩/٢٤١).

(٧) انظر: مغنى المحتاج (٢/٥٨).

ومنها: إذا أتاه المدين بالدين ولا ضرر فى قبضه أمر بقبضه، فإن امتنع قبضه الحاكم وبرئ[(١)].

ومنها: لو تحجر مواتًا وطالت مدته ولم يحيه ولم يرفع يده عنه، قال له السلطان: أحى أو اترك[(٢)].

ومنها: لو أبى المولى بعد المدة أن يفىء أو يطلق[(٣)].

ومنها: لو ادعى عليه فأنكر، فطلب منه اليمين فنكل، قضى عليه بالنكول وجعل مقرًا؛ لأن اليمين بدل من الإقرار، فإذا امتنع من البدل حكم عليه بالأصل[(٤)].

الخامس: إن التخيير إنما يكون بين جنسين كواجبين أو مندوبين، لا بين مباح وحرام، وأورد التخيير بين الخمر واللبن فى حديث الإسراء[(٥)]، وأجيب بأنه بين مباحين، فإن الخمر إنما حرمت بالمدينة، وبأن ذلك فى السماء، ولا تكليف فيها، وبذلك أجيب أيضًا عن احتجاج آدم، عليه السلام، بالقدر، وأيضًا فإنه ليس على ظاهره، فقد أول اللبن بالعلم والحضور، والخمر بالغيبة، أو أن المراد تفويض الأمر فى تحريم ما يحرم منهما إلى اجتهاد النبى ﷺ، فاجتهد واختار الصواب فى تحريم الخمر.

السادس: ما له فعله، إذا فعله واحتمله واحتمل غيره رجع إلى بيانه، ويخير فى الصرف إلى ما أراد، كما سبق فى مسألة الألف، وعليه دينان بأحدهما رهن، أن له صرفه إلى ما أراد[(٦)]، وكذا فى الإحرام بالحج مطلقًا له صرفه إلى ما شاء من النسكين، أو إليهما[(٧)].

ولو قال: عفوت عنك، ولم يذكر قصاصًا ولا دية، أو قال: عفوت عن أحدهما،

(١) انظر: مغنى المحتاج (١١٦/٢).
(٢) لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك، فمنع منه كما لو وقف فى شارع، فإن استمهل المتحجر أمهل مدة قريبة. انظر: مغنى المحتاج (٣٦٧/٢).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٥٥/٨).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٥/١٢).
(٥) أخرجه البخارى فى الأنبياء (٤٩٣/٦، ٤٩٤) ح (٣٣٩٤)، ومسلم فى الإيمان (١٤٥/١ - ١٤٧) ح (١٦٢/٢٥٩)، والدارمى فى الأشربة (١٥١/٢) ح (٢٠٨٨)، والإمام أحمد فى مسنده (١٨٢/٣، ١٨٣) ح (١٢٥١٣).
(٦) انظر: مغنى المحتاج (١٢٧/٢، ١٢٨).
(٧) انظر: مغنى المحتاج (٤٧٧/١).

ولم يعين، فقيل: يحمل على القصاص ويحكم بسقوطه، والأصح يرجع إلى بيانه، فإذا بين لزم، فلو قال: لم يكن لى نية، فوجهان، أحدهما: يحمل على القصاص، وأصحهما: يقال له: أصرف الآن إلى ما شئت منهما(١).

* * *

تخصيص جهة الانتفاع، هل تتعين إذا عينها الدافع

منها: إذا أوصى لدابة وشرط الصرف فى علفها صرف فيه فى الأصح، رعاية لغرض الموصى يتولاه الموصى، ثم القاضى ونائبه(٢). قال فى الشرح الصغير: والأقوى أنه لا يتعين، بل له أن يمسكه وينفق على الدابة من موضع آخر.

ومنها: إذا أوصى أن يقضى دينه من عين، بأن قال: ادفعوا إليه هذا العبد عوضًا عن دينه، فليس للورثة إمساكه؛ لأن فى أعيان الأموال أغراضًا، ولذلك لو أوصى بأن يباع عين ماله من فلان، نفذت الوصية، ولو قال: بعه واقض دينه من ثمنه، فيجوز أن لا يكون لهم الإمساك أيضًا؛ لأنه قد يكون أطيب وأبعد عن الشبهات، ذكر هذه الصور الرافعى فى باب الوصاية(٣).

ومنها: إذا دفع إلى شخص شيئًا، وقال: اشتر لك به عمامة، أو ثوبًا، أو نعلاً مثلاً، فهل يتعين صرفه فيما عينه، أو له صرفه فيما شاء، أو تفسد الهبة، أو إن رآه محتاجًا إلى ما سماه تعين صرفه إليه، وإلا فلا وجوه، أصحها آخرها، واقتصر الرافعى فى باب الهبة على نقل الآخر عن القفال(٤)، وقد يقال: إن قصد تحقيق الشراء فسدت العطية، كما لو قال: وهبتك بشرط أن تشترى به كذا، وإن قصد رفع الحشمة والإرشاد إلى الأصلح ونحوها فلا.

ومنها: إذا دفع إلى الشاهد أجرة مركوبه وفيها الخلاف السابق(٥).

ومنها: سُئل الشيخ أبو زيد عمن مات أبوه فبعث إليه إنسان ثوبًا ليكفنه فيه، هل يملكه حتى يمسكه ويكفنه فى غيره؟ فقال: إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أو

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٩/ ٢٤٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٦/ ١٠٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٦/ ٣١٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/ ٣٦٨).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/ ٣٦٩).

ورع، فلا، ولو كفنه فى غيره وجب رده إلى مالكه[(١)]. انتهى. وألحق بعضهم بصورة المتبرك به ما لو لم يكن كذلك، ولكن قصد الدافع القيام بفرض الكفاية لا التبرع على الوارث وهو ظاهر، وفى وصايا الوسيط عن القفال: أن للوارث إبداله، وأن الصحيح أنه عارية فى حق الميت، ومراده عارية لازمة، كالإعارة للدفن.

ومنها: إذا ضمن شخص دينه فى هذه العين، هل يتعين الضمان، وإن كان وضع الضمان الإطلاق[(٢)].

* * *

تخلل المانع بين الطرفين لا أثر له غالبًا فى صور

إحداها: لو تخلل بين الرهن والإقباض جنون، هل يكون مبطلاً للعقد؟ وجهان أصحهما لا[(٣)].

الثانية: لو فاتته صلاة فى السفر، فهل يجوز قصرها إذا قضاها فى سفر غير ذلك السفر؟ وجهان، أصحهما نعم[(٤)].

الثالثة: لو عجل الزكاة إلى فقير فاستغنى، ثم افتقر آخر الحول أجزأه عن الغرض فى الأصح[(٥)].

الرابعة: لو جرح ذمى ذميًا ثم أسلم الجارح، ثم مات المجروح بالجراحة وجب القود فى الأصح[(٦)].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٦٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٤٧)، الأشباه والنظائر (٢/٤٦٢).

(٣) جاء فى مغنى المحتاج: ولو مات العاقد الراهن أو المرتهن قبل القبض للمرهون، أو جن أو أغمى عليه، أو تخمر العصير أو أبق العبد قبل القبض فيهن أيضًا لم يبطل الرهن فى الأصح، أما الموت فلأن مصير الرهن إلى اللزوم، فلا يتأثر بموته كالبيع فى زمن الخيار، ووجه مقابلة أنه جائز كالوكالة، وعلى الأول يقوم وارث الراهن مقامه فى الإقباض ووارث المرتهن مقامه فى القبض. وأما الإغماء والجنون فمرتبان على الموت. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٢٩).

(٤) ذكر الرافعى أربعة أوجه: أظهرها إن قضى فى السفر قصر وإلا فلا. والثانى: يتم فيهما. والثالث: يقصر فيهما. والرابع إن قضى ذلك فى السفر قصر وإن قضى فى الحضر أو سفر آخر أتم. انظر: روضة الطالبين (١/٣٨٩).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٢١٤).

(٦) للتكافؤ حالة الجرح المفضى إلى الهلاك، وإنما اعتبرت لأنها حالة الفعل الداخل تحت=

الخامسة: لو جرح مسلم، ثم ارتد ثم أسلم ثم مات بالسراية، لم يجب القصاص فى الأصح؛ لتخلل الهدر، وقيل: يجب كالكفارة، وقيل: إن قصر زمن الردة وجب؛ لأن الجناية لا تسرى فيه غالبًا، فصار وجوده كعدمه، ورجحه القاضى أبو الطيب والمحاملى والشيخ أبو إسحاق. أما الدية فتجب كلها؛ لوقوع الجرح والموت فى حالتى العصمة، والثانى ثلثاها، والثالث نصفها[١].

* * *

التدليس حرام[٢]

ومن ثم حرم النجش[٣] والتصرية[٤]، وأن يبيع عينًا يعرف بها عيبًا ولا يبينه[٥]، أو تتزوج وبها عيب يثبت الخيار، ولا تبينه، وحرم على المرأة الخلية وصل شعرها بشعر طاهر لكثرة رغبة الرجال فى الشعر، ودلالته على الشبيبة[٦]، وفى الحديث: «من غشنا فليس منا»[٧]، بخلاف المتزوجة[٨]، إذا وصلت للتزيين، ومن هذه العلة لو وصلت شعرها

=الاختيار، ولهذا لو جرح الجارح ومات المجروح وجب القصاص. والثانى: يسقط نظرًا فى القصاص إلى المكافأة وقت الزهوق، وكما لا يسقط القصاص لا تسقط الكفارة كالديون اللازمة فى الكفر. انظر: مغنى المحتاج (١٦/٤).

(١) ذكره فى مغنى المحتاج (٢٤/٤).

(٢) مصدر الدلس من الطلحة وهو كتمان السلعة عن المشترى. انظر: القاموس المحيط (٢١٤/٢)، طلبة الطلبة (ص٢٤٠).

(٣) والنجش هو أن يزيد فى الثمن لا لرغبة فى شرائها، بل ليخدع غيره فيشتريها. انظر: مغنى المحتاج (٣٧/٢).

(٤) وهى أن يترك البائع حلب الناقة أو غيرها عمدًا مدة قبل بيعها ليوهم المشترى كثرة اللبن. انظر: مغنى المحتاج (٦٣/٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤٦٨/٣).

(٦) على الصحيح وعلى الثانى يكره. انظر: روضة الطالبين (٢٧٦/١).

(٧) أخرجه مسلم فى الإيمان (٩٩/١) ح (١٠١/١٦٤)، وأبو داود فى الإجارة (٢٧٠/٣) ح (٣٤٥٢)، والترمذى فى البيوع (٥٩٧/٣) ح (١٣١٥)، وابن ماجه فى التجارات (٧٤٩/٢) ح (٢٢٢٤، ٢٢٢٥)، والدارمى فى البيوع (٣٢٣/٢) ح (٢٥٤١)، والإمام أحمد فى مسنده (٦٩/٢) ح (٥١٢١).

(٨) قال فى الروضة: وإن كانت ذات زوج أو سيد فثلاثة أوجه أصحها إن وصلت بإذنه جاز وإلا حرم. والثانى: يحرم مطلقًا. والثالث: لا يحرم ولا يكره مطلقًا. انظر: روضة الطالبين (٢٧٦/١).

بوبر أو بريش يخالف لونه لون شعرها جاز؛ لأنه لا خديعة فيه، حكاه في البحر عن الأصحاب، ثم قال: وهذا عندى إذا كان ظاهرًا لا يحصل به الغرور(١)، فأما إذا كانت منتقبة ينظر إلى رأسها ويغتر بكثرة ذلك بالموصول، فهو منهى عنه، ومن ذلك خضاب اللحية بالسواد حرام(٢).

واستثنى الماوردى المجاهد إرهابًا للكفار(٣).

ومنه نتف شعر اللحية أيضًا إيثارًا للمرودة(٤).

* * *

التداخل يدخل فى ضروب

أحدها العبادات، وهى قسمان:

الأول: أن يكون فى واجب، فإن كان كل منهما مقصودًا فى نفسه ومقصودهما مختلف، فلا تداخل.

ومن ثم قالوا: طواف الوداع مقصود فى نفسه، ولذلك لو طاف للإفاضة بعد رجوعه من منى، ثم أراد السفر عقبة لم يكف، بل لابد أن يطوف للوداع أيضًا(٥)، وإن لم يختلف تداخل كغسل الحيض مع الجنابة، فإذا أجنبت ثم حاضت كفى لهما غسل واحد(٦).

ومثله المحدث بعضوه نجاسة تزول بغسلة واحدة تكفى فى الأصح عند النووى، وقد

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب (٣/١٤١).

(٢) قال النووى: اتفقوا على ذم خضاب الرأس أو اللحية بالسواد، ثم قال الغزالى فى الإحياء، والبغوى: بل الصواب أنه حرام. انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢٩٤).

(٣) نقله النووى، فقال: وممن صرح بتحريمه صاحب الحاوى فى باب الصلاة بالنجاسة، قال: إلا أن يكون فى الجهاد.

وقال فى آخر كتابه الأحكام السلطانية: يمنع المحتسب الناس من خضاب الشيب بالسواد إلا المجاهد. انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢٩٤).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢٩١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).

يجب الأصغر ثم الأكبر[١]، كما لو أحدث ثم أجنب، فيكفى الغسل على المذهب، وفيه طريقة قاطعة بالتداخل لشدة العلاقة بين الحدثين[٢].

ولو جامع بلا حائل، فحكى الرافعى عن المسعودى أنه لا يوجب غير الجنابة، واللمس الذى يتضمنه يصير مغمورًا به لخروج الخارج الذى يتضمنه الإنزال، وعند الأكثرين بالجماع يحصل الحدثان جميعًا؛ لأن اللمس يسبق حقيقة الجماع، بخلاف الخروج، فإنه مع الإنزال[٣].

وثانيهما: أن يكون فى مسنون، فينظر إن كان من جنس المفعول دخل تحت الفرض كتحية المسجد مع صلاة الفرض، والإحرام بحجة أو بعمرة؛ لدخول مكة مع حج الفرض[٤]، وإذا قلنا: إن ركعتى الطواف سنة، فلو صلى فريضة بعد الطواف حسبت عن ركعتى الطواف، اعتبارًا بتحية المسجد، نص عليه فى القديم، وليس له فى الجديد ما يخالفه. وأشار الإمام إلى احتمال فيه. وقال النووى: إنه شاذ، والمذهب ما نص عليه[٥].

ولو طاف القادم مكة عن الفرض أو النذر دخل طواف القدوم فيه[٦].

ومنه جبرانات الصلاة تتداخل، فسجود السهو وإن تعدد سجدتان، بخلاف جبرانات الإحرام، فلا تتداخل؛ لأن القصد جبر النسك وهو لا يحصل إلا بالتعدد[٧]، وإن لم يكن من جنس المفعول لم يدخل، ما لو دخل المسجد الحرام، فوجدهم يصلون جماعة صلاها، ولم يحصل له تحية البيت، أعنى الطواف؛ لأنه ليس من جنس الصلاة، بخلاف تحية المسجد تحصل بفعل الفرض؛ لأنها من جنسها[٨]، وكذلك لو طاف وصلى بعده فريضة كفت عن ركعتى الطواف نص عليه[٩].

الثانى العقوبات: فإن كانت لله تعالى من جنس واحد تداخلت، كما لو تكرر منه

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٣) نقله العلامة السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٨) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).
(٩) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).

الزنى وهو بكر يحد مرة واحدة[١]، وكذا لو سرق أو شرب مرارًا، وهل يقال: يجب لها حدود ثم يعود إلى حد واحد أم لا يجب إلا حد وتجعل الزنيات كالحركات فى زنية واحدة؟ ذكروا فيه احتمالين، قاله الرافعى[٢].

ولو زنى وهو بكر، ثم زنى وهو ثيب دخل حد البكر فى حد الثيب فى الأصح[٣]، ولو أخرج نصابًا من حرز مرتين، فإن تخلل علم المالك وإعادة الحرز، فالإخراج الثانى سرقة أخرى.

وإن كانت من أجناس، كأن سرق وزنى وهو بكر وشرب، ولزمه قتل بردة قدم الأخف فالأخف، فيقدم الشرب، ثم يمهل حتى يبرأ، ثم يجلد الزنى ويمهل، ثم يقطع ثم يقتل[٤]، وهكذا الكفارات والغرامات، فإذا جامع فى نهار رمضان مرارًا، لم يلزمه غير كفارة واحدة[٥]، وعلى أصل الحنابلة، تعدد الموجب وتداخل موجبه[٦]، وعلى رأى الأكثرين لم يجب شىء بغير الوطء الأول.

وهذا بخلاف ما لو فسد حجه بالجماع، فجامع ناسيًا قبل أن يفدى عن الأول، فلا تداخل فى الأظهر؛ لمصادفته إحرامًا لم يحل منه، فوجب به كالأول بخلاف الصوم؛ لأنه بالإفساد خرج منه، وعلى هذا فيجب بالأول فدية والثانى شاة[٧].

ولو باشر دون الفرج عمدًا لزمه الفدية، فلو جامع فهل تدخل الشاة فى الفدية أم تجبان معًا؟ وجهان أصحهما فى الروضة: الأول[٨]، وبناهما الماوردى على الوجهين فى

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٦٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٦٦).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

(٦) قال الشيخ البهوتى: من أعاده، أى الجماع، فى يوم بعد أن كفر لجماعه الأول، فتلزمه ثانية نصًا، قلت: فإن أخرج بعض الكفارة ثم وطء فى يومه، دخلت بقية الأولى فى الثانية، وكذا من لزمه الإمساك إذا جامع وكفر ثم أعاد فيه لزمته أخرى. انظر: شرح منتهى الإرادات (١/٤٥٢).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

(٨) قال النووى: قلت: الأصح تدخل ولا يحرم اللمس بغير شهوة، وأما قوله فى الوسيط والوجيز: تحرم كل مباشرة تنقض الوضوء، فشاذ، بل غلط. انظر: روضة الطالبين (٣/١٤٤).

أن المحدث إذا أجنب، هل يندرج الحدث فى الجنابة ويكفيه الغسل[١].

ولو لبس ثوبًا مطيبًا، فرجح الرافعى لزوم فديتين[٢]، وقال النووى: الصحيح المنصوص الذى قطع به الجمهور: واحدة؛ لاتحاد الفعل وتبعية الطيب[٣].

ولو تطيب ثم تطيب، أو لبس ثم لبس، فإن فعله على التوالى لم تتعدد الفدية، وإن تخلل فصل أو فعله فى مكانين، فإن لم يتحلل التكفير وجب للثانى فدية أخرى على الجديد، وإن تخلل تعددت بلا خلاف، فإن كان نوى بما أخرجه الماضى والمستقبل معًا، بنى على جواز تقديم الكفارة على الحنث المحذور إن منعنا، فلا أثر لهذه النية، وإلا فوجهان[٤].

ولو لبس المحرم القميص المطيب، لزمه الفدية للبس دون الطيب؛ لأنه تابع لغيره[٥].أثر لهذه النية،

الثالث: الإتلافات: فلو قتل المحرم صيدًا فى الحرم، لزمه جزاء واحد، وتداخلت الحرمتان فى حقه؛ لأنهما من جنس واحد، كالقارن إذا قتل صيدًا لزمه جزاء واحد، وإن كان قد هتك به حرمة الحج والعمرة[٦].

ولو كشط المحرم جلدة الرأس، فلا فدية والشعر تابع. قال الرافعى: وشبهوه بما لو أرضعت أم الزوجة يجب المهر، ولو قبلها لم يجب[٧].

وأما حقوق الآدميين، فضروب:

الأول: جناية الوطء تتكرر فى النكاح الفاسد، ويجب مهر فى أعلى الأحوال؛ لأن الشبهة واحدة شاملة للجميع[٨]. وعن المزنى: القياس أن عليه لكل وطء مهرًا، ورد

---

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٤/٢٢٠).

(٢) ثم قال الرافعى: وفى هذه الصورة وجه ضعيف أنه فدية واحدة. انظر: روضة الطالبين (٣/١٧٠).

(٣) ذكره بنصه فى زوائد الروضة (٣/١٧١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/١٧١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/١٧٢).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

(٨) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).

بقوله ﷺ: «فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها»[١]، ولم يفرق بين وطء المرة ومرارًا، وفى كلام الماوردى التفصيل بين أن يؤدى المهر قبل الوطء الثانى، فيجب مهر جديد[٢]، وإلا فلا، وسبق نظيره فى تطيب المحرم. أما لو تعددت الشبهة بأن ظنها زوجته أو أمته، ثم انكشف الحال، ثم ظنها زوجته أو أمته ثانيًا ووطئها، تعدد المهر؛ لتعدد سببه[٣].

ولو كرر وطء مغصوبة أو مكرهة على الزنى، وجب بكل وطء مهر؛ لأن الوجوب هنا بالإتلاف[٤]، وقد تعدد. وحكى الإمام، عن أبيه ترددًا فى التعدد فيما إذا أكرهها، أو طاوعته، وقيل: بالمهر، قال: ولا معنى للتردد، والوجه القطع بالتعدد؛ لأن موجب المهر إتلاف منفعة البضع.

واعلم أن محل اتحاد المهر عند تكرر الوطء بالشبهة، إذا كان الحال عند عدم الشبهة لا مهر معه، فأما إذا كان عند عدمها يجب المهر متعددًا، فالحال مستمر، ولا أثر لاتحاد الشبهة، وذلك فيما إذا وطء المشترى من الغاصب مرارًا على ظن الحل[٥]، فإن الشبهة متحدة، ومع ذلك فقد صرح الإمام فى باب الغصب بأنه يتعدد المهر، قال: وإنما يتحد عند اتحاد الشبهة، إذا كانت الشبهة هى الموجبة، فأما إذا كان المهر يجب عند عدمها، فلا أثر لها فى الاتحاد، وقال: إن هذا مما يقضى الفقيه فيه بالعجب. انتهى.

وحيث وجب المهر، فلو كانت بكرًا، هل يدخل أرش البكارة فيه أم يفرد؟ فيه اضطراب فى باب البيع الفاسد والغصب والجراح، فرجحوا فى الجراح مهر مثل ثيب وأرش بكارة؛ لأن المهر للاستمتاع، والأرش لإزالة الجلد، والجهتان مختلفتان[٦].

فينفرد موجب كل، وقيل: مهر يثبت فقط لحصول إزالة الجلد ضمنًا. ورجحه فى الروضة فى باب ضمان النقص، وقيل: مهر بكر وأرش البكارة، وبه أجاب فى البيع

---

(١) أخرجه الترمذى فى النكاح (٣/٣٩٨، ٣٩٩) ح (١١٠٢)، والدارمى فى النكاح (٢/١٨٥) ح (٢١٨٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٦٨).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٦٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٦٨).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٦٨)، روضة الطالبين (٥/٦١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٦٩).

الفاسد[١]، وفى النهاية قال الإمام الشافعى، رحمه الله: يغرم مهر مثل البكر وأرش البكارة، قال القاضى الحسين: وهذا مشكل؛ لأن فيه تضعيفًا للغرم.

الثانى: الجناية على النفس والأطراف، وتتداخل فى صور:

إحداها: دخول دية الأطراف واللطائف فى دية النفس، إذا سرت الجراحة فتجب دية واحدة[٢].

الثانية: قطع أجفان شخص وعليها أهداب وجبت الدية، وتدخل حكومة الأهداب فى الدية فى الأصح[٣].

الثالثة: لو أوضحه فزال الشعر الذى على الموضحة دخل فى أرش الموضحة على المذهب، وقيل: الوجهان فى التى قبلها[٤].

الرابعة: قلع السن مع السنخ، لا تجب زيادة على أرش السن، وتدخل حكومة السنخ فيه، وقيل: وجهان[٥].

الخامسة: قطع يده، لا يوجب فى الشعر حكومة.

السادسة: تدخل حكومة الأظفار فى دية الأصابع[٦].

السابعة: تدخل حكومة الكفين فى أصابع اليدين[٧].

ويستثنى صور لا تدخل فيها:

منها: لو استئصل أذنه، وأوضح مع ذلك العظم، فإنه لا يدخل أرش الموضحة فى دية الأذنين؛ لأن مقدار الأذن مقدر، فلا يتبع مقدرًا[٨].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٩٢).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/١٢٧).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٧).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٨).
(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢/١٢٧).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٨٢).
(٨) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٩/٢٧٢).

ومنها: لا يدخل أرش الأسنان فى دية اللحيين فى الأصح(١).

ومنها: فى العقل دية، فلو زال بجرح لـه أرش أو حكومـة وجبـا، وفـى قـول: يدخـل الأقل فى الأكثر(٢).

الثالث: فى الجناية على العرض، كما لو قذفه بزنى فحد ثم قذفه بزنـى آخـر، ففـى حده ثانيًا وجهان، أصحهما كما قاله الرافعى فى باب اللعان: المنع، بـل يعـزر؛ لأنـه قـد ثبت كذبه فى حقه مرة بإقامة الحد عليه، فـلا حاجـة إلى إظهـاره ثانيًـا، وإن لـم يتخلـل الحد، فوجهان أصحهما يجب حد واحد، كما لو زنى مرات، فإنه يكفيه حد واحد(٣).

الرابع: العدتـان، واختلـف فـى التداخـل فيهمـا، هـل هـو سـقوط الأول والاكتفـاء بالثانى، أو انضمام الأول للثـانى، فيؤديـان بانقضـاء مـدة واحـدة، وجهـان فـى الكـافى وغيره، والخلاف يظهر فيما لو طلقها ثم وطئها فى أثناء العدة وأحبلها، فعدتهـا تنقضـى بوضع الحمل، وهل تدخل فيه بقية عدة الطـلاق وجهـان، فـإن قلنـا: تتداخـل، فهـل لـه مراجعتها بناء على ما ذكرنا؟ فعلى الأول لا يصح، وعلى الثانى يصح(٤).

* * *

الترتيب

قال الماوردى فى الكلام على رمى أيام التشريق: إنما يجب فى أحد موضعين، أما بـين أشياء مختلفة كالأعضاء فى الطهارة وكالجمار الثلاث(٥).

قلت: وأركان الصلاة والحج.

وأما فيما يجب تعيين النية فيه، فيصير كالمختلف باختلاف النية فيه، وبنى علـى ذلـك أنه إذا ترك رمى يوم، وقلنـا: يتـدارك، لا يجـب الـترتيب عنـده؛ لأن رمـى اليومـين غـير مختلف، وتعيين النية فى رمى الجمار غير واجب، لكن الـذى صححـه الجمهـور، ومنهـم

---

(١) جاء فى الروضة: أحدهما لا يجب إلا دية اللحيين، ويدخـل فيهـا أروش الأسـنان، وأصحهمـا تجب دية اللحيين وأروش الأسنان. انظر: روضة الطالبين (٩/٢٨٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٨٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٣٩).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢٨).

(٥) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٤/١٩٤).

الرافعى، وجوبه[١]، كما يجب فى الترتيب فى مكان الرمى[٢].

وقال الشيخ أبو محمد فى الفروق: إنما يظهر الترتيب مع اختلاف المحل وتعدده كأعضاء الوضوء، فإن اتحد المحل ولم يتعدد، فلا معنى للترتيب معه، ألا ترى أن العضو الواحد من أعضاء الوضوء إذا غسل لا يظهر فى أبعاضه حكم الترتيب، ومن ثم لم يجب الترتيب فى الغسل؛ لأنه فرض يتعلق بجميع البدن تستوى فيه الأعضاء كلها، فلا معنى للترتيب فيه، وكذلك الركوع الواحد والسجود الواحد، لا يظهر فيه أثر الترتيب، فإذا اجتمع الركوع والسجود ظهر.

فإن قيل: أليس الشوط الواحد من أشواط الطواف يظهر فيه حكم الترتيب.

قلنا: لأن الشوط الواحد يشتمل على خطوات وحركات وانتقالات من مكان إلى مكان، فيلزمه أن يبدأ بجانب الباب، ويجعل الكعبة عن يساره، فلو لم يفعل وجعلها عن يمينه وابتدأ بغير الحجر، صار كما لو بدأ فى الوضوء بغسل اليدين قبل غسل الوجه، ونزل الشوط الواحد جميعه منزلة الوضوء بجميع أفعاله[٣].

فأما الشوط الثانى، فهو تكرير شوط مثل الأول، وليس الترتيب بين الشوط والشوط، وإنما الترتيب بين أبعاض الشوط الواحد[٤]، ومثله السعى بين الصفا والمروة[٥]. انتهى.

وكذلك الترتيب، إنما يكون بين عضوين مختلفين، فإن كانا فى حكم العضو الواحد لم يجب[٦].

ولهذا لا يجب الترتيب بين اليمنى واليسرى فى الوضوء والتيمم[٧]، ويدل على أنهما كالواحد فى الحكم أن ماسح الخف لو نزع أحدهما بطلت طهارة قدميه جميعًا، وصار كأنه نزعهما، ولو غسل إحداهما ومسح على خف الأخرى لم يجز له تبعيضها كما لا

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠٩/٣).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠٩/٣).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٧٩/٣).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٨٠/٣).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٩٠/٣).
(٦) انظر: المجموع شرح المهذب (٤٤١/١).
(٧) انظر: مغنى المحتاج (٦٠/١).

تتبعض القدم الواحدة[1]. وقال القاضي الحسين: الترتيب إن كان فى نفس العبادة فركن قطعًا، كالترتيب فى أركان الوضوء والصلاة، والترتيب بين الجمرات، وإن كان من ناحية الوقت فكذلك إن بقى الوقت وإن خرج سقط، كما فى الصلوات الفائتة يستحب الترتيب فيها، ولا يجب بلا خلاف. نعم لو أخر الظهر بسبب يجوز الجمع، قلنا: وجه أنه يجب الترتيب، والصحيح خلافه[2].

وقال غيره: الترتيب من توابع الوقت، ولهذا إذا فاتت الصلاة لا يجب الترتيب فى قضائها[3]، وكذلك صوم رمضان لا يجب فيه التتابع؛ لأنها عبادات منفصلة[4]، وإنما ترتيب فى الأداء لترتيب أوقاتها، فإذا فاتت الأوقات جعلت فى الذمة، ولا ترتيب فيما يثبت فى الذمة.

سؤال: لو قرأ المصلى النصف الثانى من الفاتحة، ثم قرأ الأول على قصد التكميل لا يصح، فلو عاد وقرأ الثانى لم يصح؛ لأن قصد التكميل ينافى قصد الابتداء[5]، وقالوا فى باب الطواف: إن البداءة من الحجر الأسود شرط، فلو بدأ بغيره لم يحسب، فإذا عاد ثانيًا حسب[6].

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن فى مسألة الفاتحة قصد التكميل صارف لجعله مبتدأ، فلهذا لم نجعله ابتداء بعد ذلك، بخلاف الطواف، فإنه أول مرة لم يقصد به تكميل شىء، وإنما قصد به البداءة، وغايته أنه بدأ من غير موضع البداءة، فجاز الإتمام له.

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٨).

(٢) قال الخطيب الشربينى: لو صلى العصر قبل الظهر لم تصح ويعيدها بعد الظهر إن أراد الجمع، وكذا لو صلى العشاء قبل المغرب؛ لأن التابع لا يتقدم على متبوعه. انظر: مغنى المحتاج (١/٢٧٢).

(٣) قال فى الروضة: ويستحب فى قضاء الصلوات الترتيب، ولا يجب فى قضائها ولا بين فريضة الوقت. انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٧١).

(٥) جاء فى الروضة: يجب ترتيب فى قراءة الفاتحة، فلو قدم مؤخرًا إن تعمد بطلت قراءته، وعليه استئناف القراءة. انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٣).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/٨٠).

الثاني: أن الموالاة فى قراءة الفاتحة شرط[١]، فلم يكن قصد الابتداء بعد قصد التكميل موجبًا، لجعله مبتدأ، بخلاف الطواف، فإن الموالاة لا تشترط فيه، فكان ما جاء به سابقًا لا ينافى المأتى به آخرًا[٢]، ومن نظائره ما لو تمضمض واستنشق قبل غسل الكفين، ففى الروضة أنه لا يحسب غسل الكفين فى الأصل وغلط، بل يحسب له غسل الكف؛ لأنه لم يتقدمه شىء، وإنما الخلاف فى حسبان المضمضة والاستنشاق، والأصح لا يحسب بناء على أن الترتيب بين السنن شرط، وهو الأصح، ولكلام الروضة[٣] محمل صحيح بينته فى الخادم.

* * *

الترتيب الذهنى

فى قوله: أعتق عبدك عنى، فأعتقه دخل فى ملك السائل وعتق عليه[٤]، وفيما لو قال لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق، فطلقها قبل الدخول طلقة، وقعت المنجزة ولم تقع المعلقة؛ لأنها بانت بالأولى[٥].

قال الغزالى: وكذلك نص الشافعى، رحمه الله، على أنه لو خالعها لم يقع الطلاق

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٢٤٣).

(٢) قال فى الروضة: الموالاة بين الطوفات السبع، وفيها قولان أظهرهما: أنها سنة، فلا تبطل بالتفريق الكثير. والثانى: واجبة، فتبطل بالتفريق الكثير بلا عذر، فإن فرق يسيرًا أو كثيرًا بعذر. انظر: روضة الطالبين (٣/٨٤).

(٣) جاء فى حاشية القليوبى: لو قدم بعد غسل الكفين الاستنشاق على المضمضة أو هما على غسل الكفين حسب المؤخر دون المقدم؛ لوقوعه فى غير محله على قول الاستحقاق، كتقديم اليدين على الوجه، وحسب الجميع على الاستحباب، كتقديم اليد اليسرى على اليد اليمنى، فقول شيخنا الرملى كوالده بحصول المقدم وفوات المؤخر لفوات محله تبعًا لما فى الروضة خلاف الصواب، كما قاله الإسنوى. انظر: حاشية القليوبى وعميرة (١/٥٣).

(٤) جاء فى الروضة: لا خلاف فى أن العبد المعتق عن المستدعى يدخل فى ملكه إذ لا عتق فى غير ملك، ومتى يدخل فيه أوجه، أحدها: يملكه بالاستدعاء ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق. والثانى: يملك بالشروع فى لفظ الإعتاق، ويعتق إذا تم اللفظ. والثالث: يحصل الملك والعتق معًا عند تمام اللفظ، وأصحها أن العتق يترتب على الملك فى لحظة لطيفة، وأن حصول الملك لا يتقدم على آخر لفظ الإعتاق. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٩٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٨/١٢٩).

المعلق؛ لأنها بانت بالخلع، فلا يلحق المعلق[١]، وقد ظن أكثر الأصحاب أن هذا يدل على أن الجزاء مرتب على الشرط ويقع بعده، ولا يقع معه؛ لأنه لو وقع معه لوقع قبل الدخول، ويكون كما لو قال: أنت طالق طلقتين، لكن الصحيح أن الجزاء مع الشرط؛ لأنه علة بالوضع، والعلة مع المعلول، وإن كان بينهما ترتيب عقلي.

* * *

الترجمة

بغير العربية أقسام:

أحدها: ما يمتنع فيه قيام أحدهما مقام الآخر قطعًا للقادر والعاجز، وذلك ما المقصود منه الإعجاز، وهو القرآن، فيمتنع ترجمته بلغة أخرى، بل يعدل للذكر[٢]، وهو إجماع. وما يحكى عن أبي حنيفة، رحمه الله، من تجويزه قراءة القرآن بالفارسية صح رجوعه عنه[٣]، ومثله الدعاء غير المأثور، إذا اخترعه في الصلاة بالعجمية فيمتنع قطعًا، كما قاله الإمام.

الثاني: ما يجوز قطعًا للقادر والعاجز كالبيع[٤] والخلع[٥] والطلاق[٦] ونحوها، نعم اختلفوا في ترجمة الطلاق بالعجمية، هل هو صريح؟ والأصح نعم[٧].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٨/١٢٩).

(٢) جاء في الروضة في الكلام على الفاتحة في الصلاة: فيتعين عليه قراءتها في القيام أو ما يقع بدلاً عنه، ولا يقوم مقامها ترجمتها ولا غيرها من القرآن. انظر: روضة الطالبين (١/٢٤١).

(٣) قال المرغيناني: إن افتتح الصلاة بالفارسية، أو قرأ فيها بالفارسية، أو ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية أجزأه عند أبي حنيفة، رحمه الله تعالى، وقالا: لا يجزئه إلا في الذبيحة، وإن لم يحسن العربية أجزأه.

ثم قال: ويروى رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما، وعليه الاعتماد. انظر: الهداية للمرغيناني الحنفي (١/٥٠، ٥١).

(٤) قال الخطيب الشربيني: يصح البيع ونحوه من المعاملات بالعجمية مع القدرة على العربية قطعًا، وفي النكاح خلاف التعبد، والأصح فيه الصحة. انظر: مغني المحتاج (٢/٥).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٦٩).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٨/٢٥).

(٧) قال الرافعي: ترجمة لفظ الطلاق بالعجمية وسائر اللغات صريح على المذهب؛ لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات، كشهرة العربية عند أهلها، وقيل وجهان، ثانيهما أنها كناية. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٥).

الثالث: ما يمتنع فى الأصح للقادر دون العاجز، كالأذان[١] وتكبير الإحرام[٢] والتشهد، يصح بغير العربية إن لم يحسن العربية، وإن أحسنها فلا؛ لما فيه من معنى التعبد[٣]، وكذلك الأذكار المندوبة والأدعية المأثورة فى الصلاة[٤]، وكذلك السلام وخطبة الجمعة يشترط عربيتها فى الأصح، فإن لم يكن فيهم من يحسنها خطب بغيرها، ويجب أن يتعلم كل واحد منهم الخطبة العربية كالعاجز عن التكبير بالعربية[٥].

الرابع: ما يجوز على الأصح للقادر والعاجز كالنكاح[٦] والرجعة[٧]

---

(١) قال الخطيب: ولا يصح الأذان للجماعة بالعجمية وهناك من يحسن العربية، بخلاف إذا كان هناك من لا يحسنها، فإذا أذن لنفسه وكان لا يحسن العربية صح، وإن كان هناك من يحسنها وعليه أن يتعلم، حكاه فى المجموع عن الماوردى وأقره. انظر: مغنى المحتاج (١/١٤٠).

(٢) جاء فى الروضة: ولا يجزئه ترجمة التكبير بغير لسان العرب، مع القدرة عليه، أما العاجز عن كلمة التكبير أو بعضها، فله حالان: أحدهما: أن لا يمكنه كسب القدرة، فإن كان بخرس أو نحوه حرك لسانه وشفتيه ولهاته بالتكبير قدر إمكانه، وإن كان ناطقًا لا يطاوعه لسانه أتى بترجمة التكبير، ولا يعدل إلى وتر آخر، ثم جميع اللغات فى الترجمة سواء، فيتخير بينها على الصحيح، وقيل: إن أحسن السريانية أو العبرانية تعينت؛ لشرفها بإنزال الكتاب بها، والفارسية بعدهما أولى من التركية والهندية. الحال الثانى: أن يمكنه القدرة بتعلم أو نظر فى موضع كتب عليه لفظ التكبير، فيلزمه ذلك، ولو كان ببادية أو موضع لا يجد فيه من يعلمه لزمه السير إلى قرية يتعلم بها على الأصح. والثانى يكفيه الترجمة، ولا يجوز فى أول الوقت لمن أمكنه التعلم فى آخره. انظر: روضة الطالبين (١/٢٢٩).

(٣) جاء فى الروضة: لا يجوز لمن عرف التشهد بالعربية أن يعدل إلى ترجمته، فإن عجز وأتى بترجمته والصلاة على النبى ﷺ وعلى الآل إذا أوجبناها كالتشهد. انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٦).

(٤) ورد فى الدعاء المأثور أوجه، أصحها تجوز الترجمة عنه لمن لا يحسن العربية، ولا يجوز لمن يحسنها، فإن ترجم بطلت صلاته. والثانى: يجوز لمن أحسنها ولغيره. والثالث: لا يجوز لواحد منهما، ولا يجوز أن يخترع دعوة بالعجمية يدعو بها قطعًا.
أما سائر الأذكار كالتشهد الأول والقنوت وتكبيرات الانتقالات والتسبيحات، فأوجه، أحدها: يجوز أن يأتى بترجمتها العاجز. والثانى: لا يجوز. والثالث: يترجم لما عبر بالسجود دون غيره. انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٦).

(٥) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (١/٢٨٦).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (٢/٥).

(٧) تصح الرجعة بالعجمية سواء أحسن العربية أم لا، وقيل: لا، وقيل: بالفرق، والصحيح الأول. انظر: روضة الطالبين (٨/٢١٦).

واللعان[1]، وكذا الإسلام، وفى باب الظهار من زوائد الروضة وجه أنه يشترط العربية للقادر عليها، وحيث صححنا النكاح فمحله إذا فهم كل منهما لفظ الآخر، وإن لم يفهمه، لكن أخبره به ثقة عن معنى لفظه، ففى الصحة وجهان.

والضابط أن ما كان المقصود منه لفظه ومعناه، فإن كان لإعجازه، امتنع قطعًا، وإن لم يكن كذلك امتنع للقادر كالأذكار.

وما كان المقصود منه معناه دون لفظه فجائز.

* * *

الترادف أقسام

أحدها: ما يمتنع فيه قيام أحد المترادفين مقام الآخر، وذلك فى الألفاظ التعبدية، وكقول القاضى: قل: بالله، فقال: بالرحمن، لا يقع الموقع حتى لو صمم عليه كان ناكلاً، ولو أبدل الحرف، فقال: قل: بالله تعالى، فقال: والله، أو تالله، ففى الحكم بنكوله وجهان[2]، ولو أكره على الطلاق بلفظ طلقت، فقال: سرحت وقع الطلاق[3].

الثانى: ما يمتنع فى الأصح، كقوله فى التشهد فى الصلاة: أعلم، موضع أشهد[4]. قال ابن الرفعة: وهذا الخلاف جار فى الشهادة عند القاضى وعند شهود الفرع شهود الأصل[5].

قلت: وكذا فى اللعان فى تبديل أشهد بأحلف[6].

الثالث: ما يجوز فى الأصح، وهو رواية الحديث بالمعنى بشرطه، وكذلك المسألة الأصولية فى قيام أحد المترادفين مقام الآخر فى التراكيب.

---

(١) من لا يحسن العربية يلاعن بلسانه، ويراعى ترجمة الشهادة واللعن والغضب، فإن أحسن العربية، فهل يتعين اللعان بها، أم له أن يلاعن بأى لسان شاء؟ فيه وجهان، أصحهما الثانى، وإذا لاعن بغير العربية، فإن كان القاضى يحسن تلك اللغة، فلا حاجة إلى مترجم. انظر: روضة الطالبين (٣٥٣/٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٤/١٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥٧/٨).

(٤) انظر: حاشية القليوبى وعميرة (١٦٦/١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢٧٠/١١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٥٢/٨).

ومنه: قالت: طلقني على ألف، فقال: خالعتك أو أبنتك، ونحوه من الكنايات، ونوى الطلاق صح الخلع[1]، وقال ابن خيران: لا يصح؛ لأنها سألته بالصريح، وأجاب بالكناية. قال ابن الرفعة: ولها شبه بما لو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: اخترت ونوت، ولو قالت: اختلعني، فقال: طلقتك، وقلنا: الخلع فسخ، فالأصح الصحة؛ لأنه جعل لها ما طلبت وزيادة، وقيل: لا يقع؛ لأنه أجابها إلى غير ما طلبت[2].

* * *

الترك فعل إذا قصد

ومن ثم لو ترك الولى علف دابة الصبى حتى تلف ضمن، بخلاف ما لو ترك تلقيح الثمار، ولو ترك مرمة العقار حتى خرب، أو إيجاره، ففى الضمان وجهان فى الكفاية. وحكى الرافعى فى باب الخلع وجهين فيما إذا ترك ما خالع السفيه عليه بيده حتى تلف[3]، والعامل فى المزارعة الصحيحة لو تعمد ترك السقى ففسد الزرع ضمن فى الأصح؛ لأنه فى يده عليه حفظه، قاله فى الروضة فى كتاب الإجارة[4].

* * *

التزاحم

توارد الحقوق، وازدحامها على محل واحد.

أما أن يستحق كل واحد لو انفرد جميع الحق فيتزاحمون به عند الإجماع.

وأما أن يستحق كل واحد من الحق بحصته خاصة.

والأول تزاحم فى المصرف.

والثانى فى الاستحقاق.

وينقسمان باعتبار الوفاق والخلاف إلى أربعة أقسام:

الأول: أن يكون التزاحم فى المصرف، لا فى المستحق قطعًا كالديون التى على

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٧٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٧٨).

(٣) ففى وجوب الضمان على الولى وجهين حكاهما الحناطى، هذا إذا كان الولى عالمًا بالحال. انظر: روضة الطالبين (٧/٣٨٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/٢٦٣).

المفلس الحى أو الميت، فمن له ألف وعليه ستة آلاف لواحد ثلاثة، ولآخر ألفان ولآخر ألف يوزع عليه فى المصرف، فلصاحب الألف سدس الألف ولصاحب الألفين ثلثها ولصاحب الثلاثة نصفها، فلو أبرأ صاحب الألفين والثلاثة أخذ صاحب الألف الكل قطعًا.

ومنه: مصرف الزكاة الثمانية الأصناف حتى لو عدم بعضهم رد على الباقين قطعًا(١).

ومنه: مصرف الغنيمة، ولهذا لو أعرض بعض الغانمين قبل القسمة صح والمعرض كمن لم يحضر، وذكر الإمام احتمالا فى رجوعه إلى أهل الخمس خاصة، وجعله الرافعى وجهًا(٢)، ولو استحق أخوان حد القذف فعفى أحدهما استحق الآخر الجميع كاملاً(٣).

ومنه: الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها، فلو عفا أحدهم سقط حقه ويخير الآخر بين أخذ الجميع أو تركه(٤).

ومنه: أولياء النكاح المتساوون فى الدرجة(٥).

الثانى: التزاحم فى الاستحقاق قطعًا كالحقوق الواقعة على جهة الشركة ابتداء، كالميراث ونحوه، ولهذا لو عفا بعض الورثة عن حقه من التركة لم يرد ذلك على من سواه من الورثة؛ لأنهم أخذوا حقهم بخلاف ما لو عفا أحد غرماء المفلس عن حقه رد ذلك على من سواه من الغرماء؛ لأنهم لم يستوفوا حقهم ومن ثم قيل: ليس للحاكم قسمة الميراث حتى يقيموا بينة على أنه لا وارث سواهم بخلاف غرماء المفلس(٦).

ومنه: لو قال لاثنين: بعتكما دارى بألف، فإن الخطاب قد توجه لاثنين، فالتوزيع

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٣٠).

(٢) قال الرافعى: من أعرض من الغانمين، قدر كأنه لم يحضر، وضم نصيبه إلى المغنم، وقيل: يضم إلى الخمس خاصة، والصحيح الأول: انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٦٧).

(٣) لو عفا بعض مستحقى حد القذف الموروث عن حقه، وهو من أهل العفو، فثلاثة أوجه، أصحها: يجوز لمن بقى استيفاء جميع الحد؛ لأن الحد يثبت لهم، ولكل واحد منهم، كولاية التزويج وحق الشفعة. والثانى: يسقط جميع الحد كالقصاص، وهو ضعيف، إذ لا بدل هنا، بخلاف القصاص. والثالث: يسقط نصيب العافى، ويستوفى الباقى؛ لأنه متوزع، بخلاف القصاص، وعلى هذا يسقط السوط الذى يقع فيه شركة. انظر: روضة الطالبين (٨/٣٢٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/١٠١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/٨٧).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/١٤٣).

بالنصف، فلا خلاف في مجرد الاستحقاق لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكًا لجميع العين.

ومنه: القصاص المستحق لجماعة بقتل مورثهم يستحق كل واحد منهم بحصة إرثه كالمال، فلو عفا بعضهم سقط حقه وسقط الباقي؛ لأنه لا تبعيض[(١)].

الثالث: ما فيه خلاف، والأصح أنه في المصرف.

فمنه: ذوو الفروض المجتمعون في فرض واحد كالزوجات[(٢)] والجدات، ولهذا فإن الجدتين المتحاذيتين يكون السدس بينهما نصفين لقول عمر، رضي الله عنه: هو لكما[(٣)].

وفائدة الخلاف أنه لو كان مع الجدة التي تدلى بالأب الأب وحجبها، فهل تستقل التي تدلى بالأم بالسدس نظرًا إلى أن التزاحم في المصرف لا في الاستحقاق أو نصف السدس نظرًا إلى أنه في الاستحقاق وجهان، أصحهما الأول[(٤)].

ومنه: أوصى لحمل فلانة بكذا، فأتت باثنين استحقاه بشرطه وفي استحقاقهما الوجهان المذكوران، ويظهر أثر ذلك فيما لو أتت بحي وميت، فإن قيل بالأول انفرد الحي به، وهو الأصح، وعلى الثاني: ليس له إلا نصف الموصى به[(٥)].

ومنه: لو كانت دار في يد رجلين فأقاما بينتين بالبيع ونفذ الثمن، وفرعنا على النصف، فهل التنصيف في المصرف لا في الاستحقاق أو في الاستحقاق، ويظهر أثر ذلك فيما لو أجاز أحدهما ورد الآخر، فإن قلنا المصرف استرد الآخر كل المبيع بكل الثمن، وإن قلنا بالاستحقاق، فليس للمجيز إلا النصف[(٦)].

ومنه: لو وقف داره على زيد وعمرو، ثم من بعدهما على الفقراء، فمات أحدهما، فهل يصرف نصيبه لصاحبه والتزاحم في المصرف لا في الاستحقاق أو يجعل الوقف في نصيبه منقطع الوسط لعدم تعيين المصرف المنقول الأول، ولم يقع هذا البناء للرافعي،

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢٣٩/٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠/٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٠/٦).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٥٨/٣).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٥٢/١٢).

فقال: القياس جعله فى نصيبه منقطع الوسط[1] لاعتقاده أن الخطاب توجه إليهما كتوجهه إليهما ببيع أو هبة، فعلى هذا يكون من التزاحم فى الاستحقاق، وهذا نظر ضعيف؛ لأن الملك خرج لله تعالى، وكأنه قال: خرجت عن هذا لله تعالى، فصار جهة للمصرف فأشبه انعدام بعض الأصناف، فإنه يرد على الباقى كذلك، فكذلك هذا.

ومنه: لو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو، وقلنا: ليس برجوع، فيكون كل منهما مستحقًا للعين، ويقع التزاحم فيها، فيقسم بينهما نصفين، فلو مات أحدهما قبل موت الموصى أو بعده ورد، هل يستحق الآخر العين بكمالها؟ ينبغى تخريجها على التى قبلها[2].

الرابع: فى الاستحقاق على رأى الرافعى فى الوقف، وقد سبق بيانه[3]، ولو اشترك جماعة فى قتل صيد[4].

فرع: من فتاوى القاضى الحسين:

رجل مات وعليه دين لشخصين، وضاقت التركة عن دينهما وبدين أحدهما ضامن، قال الذى لا ضامن لدينه: لا تزاحمنى فإنك وجدت محلاً آخر يمكنك استيفاء حقك منه، هل له ذلك أم لا؟.

أجاب: له أن يزاحمه؛ لأن حق كل واحد منهما يتعلق بجميع التركة، وهو متبرع باستيفاء دينه من الضامن، وإن كانت المسألة بحالها فأخذ أحد الغريمين الحق من الضامن، وهلكت التركة، هل للثانى أن يزاحمه فيما أخذ من الضامن؟.

أجاب: ليس له ذلك؛ لأن الضامن تبرع عليه دون صاحبه، وكذلك لو كان بدين أحد الغريمين رهن، فهو يختص بثمنه دون صاحبه.

قاعدة: قد يقع اللفظ من شخصين مع صلاحية كل واحد منهما للانفراد به، فيتردد النظر فى أنه يتعلق به الكل أو القسط، فإذا قالا: ضمنا الدين الذى لك على فلان، وكل واحد لو ضمنه منفردًا لصح، ولو ضمن نصفه لصح، فإذا وجد اللفظ على هذه الصورة،

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٣٢).

(٢) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى (٣/٧١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٣٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٦١).

فهل يقع الضمان موزعًا أو يقع مكملاً؟ فيه وجهان[١] حكاهما المتولى، وصحح أن كل واحد يكون ضامنًا لكل الألف، وهو غير ما يتبادر إلى الأفهام من التوزيع.

ووجه المتولى تصحيحه بمسألة نفيسة، وهى ما لو قال رجلان شريكان فى عبد لرجل: رهنا عبدنا على دينك الذى على فلان وهو ألف، فإن كل واحد يكون راهنًا نصفه على جميع الألف، وهذا إن سلم من نزاع كان حسنًا؛ لأن ذلك ضمان لدين الغير فى رقبة العبد على الأصح. وقد يكون الخطاب موجهًا لاثنين بما يصلح أن يثبت لكل منهما، كما لو قال: أوصيتكما على أولادى، فإنه لا ينفرد أحدهما بالتصرف؛ لكون الخطاب يثبت موزعًا[٢].

ومثله: فى نظر الوقف والوكالة لو صرح باستقلال كل واحد ثبت[٣]، وألحق أبو الفرج الزاز ما إذا ثنى الصفة، فقال: إنهما وصياى من جهة أن فيه إشعارًا بانفراد كل واحد بالصفة بخلاف أوصيتكما أوصيت إليكما ولا يخلو من نزاع، ولو مات أحد المشتركين فى ذلك نصب الحاكم بدل من مات ولا يستقل الآخر لوجود الخطاب موزعًا[٤].

وأما الحقوق الثابتة لكل واحد كالأخوة والأعمام ونحوهما، فإنها ثابتة لكل واحد من الطبقة العليا قطعًا ولا تزاحم فى استحقاق ولا مصرف[٥]، لكن لو صدر الأذن مجموعًا كقولها: أذنت لكم أن تزوجونى، فهل الخطاب منزل على الاجتماع نظرًا إلى ظاهر اللفظ، فلا يجوز الانفراد، أو نقول: كل واحد ثبت له الولاية مستقلة[٦]، وهل يجوز الإقدام بشرط الأذن؟ فيه وجهان، أصحهما الأول؛ لأن الولاية وإن ثبتت لكل واحد، إلا أنها لم تأذن له استقلالاً[٧].

وما ذكر من أن الإذن شرط وقد وجد يقال عليه لم تأذن له مستقلاً، وإنما أذنت له

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٦٦).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٣/٧٧).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٢/٣٩٤).

(٤) وقال الخطيب الشربينى: ولو جعل النظر لعدلين من أولاده، وليس فيهم إلا عدل، نصب الحاكم آخر. انظر: مغنى المحتاج (٢/٣٩٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/٨٧).

(٦) اشترط اجتماعهم على الأصح. انظر: روضة الطالبين (٧/٨٨).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٧/٨٨).

مع غيره فليتبع إذنها، كما لو أذنت لغيره[١] دونه والولاء يشبه الأنساب، وفي حديث ابن عمر: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[٢]، فإن وقع مبعضًا فالاستحقاق للصنفين على طريق التبعيض، فلا ينفرد أحدهما بالتزويج، وإن وقع مكملاً لواحد فعصبته ينزل كل واحد منهم منزلته، فاستحقاق الولاء في صورة التبعيض وقع موزعًا واستحقاقه في صورة الكامل وقع مكملاً وكل من عصبته كل من الصنفين ينزل منزلته[٣].

فلو أعتق ثلاثة امرأة وماتوا، ولواحد عشرة أبناء، وآخر ثلاثة، وآخر اثنان، فكل واحد من العشرة كأصله، وكل واحد من الثلاثة كأصله، وكل واحد من الاثنين كذلك، هذا في التزويج وتحمل العقل ونحوهما.

أما في الوراثة، فينتقل المال لعصبة الجميع المستوين في الدرجة على حسب عتق أصله[٤]، فللعشرة وللثلاثة الثلث، وللاثنين الثلث، إن كان عتق أصولهم وقع بالتثليث، وإلا فعلى حسب الحصص، وقد يقع النظر في الولاء في الترتيب[٥]، فيخرج من ذلك مسائل:

أحدها: كان المعتق حيًا، ولكن قام به مانع من الإرث كقتل أو كفر، والعياذ بالله، فإن المال ينتقل لعصبته في حياته، نص عليه في صورة اختلاف الدين من الأم[٦].

وخالف القاضي الحسين، فجعله لبيت المال؛ لاعتقاده أن الولاء مع وجود المعتق لا ينتقل إلى غيره[٧]، وهذا خلاف المذهب، ويقتضي إلحاق الولاء بالنسب، وكأن المعتق لما أعتق هذا الرقيق ثبت الولاء لكل من المعتق وعصباته دفعة واحدة، وإنما الذي ترتب الصرف المترتب على الاستحقاق وصورة كون المعتق قاتلاً مذكورة في الدوريات من شرح الرافعي في الوصايا، ويجيء فيها خلاف القاضي الحسين[٨].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٨٨).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/٣٤١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٦١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/٢١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٦/٢٢).

(٦) انظر: الاعتناء والفروق (٢/٧٥٦).

(٧) قال الشيخ البكري: جزم به القاضي الحسين بخلاف النسب. انظر: الاعتناء والفروق (٢/٧٥٦).

(٨) انظر: الاعتناء والفروق (٢/٧٥٧).

الثانية: لو مات المعتق وله ابن صغير وأخ كبير، فنقل القاضي الحسين عن نص الشافعي، رضي الله عنه: أنه لا يزوجها الأخ، وليس بالمذهب المعتمد، بل المذهب أن الأخ يزوج[1] ويخرج من ذلك، قولان: أحدهما أن الولاء هل يثبت لكل واحد من الكل دفعة واحدة، أو لا يثبت للثاني، إلا بعد انقراض الأول، وهو يشبه الخلاف في الوقف في تلقي البطون، والأصح فيها أن التلقي يثبت ابتداء[2]، وإنما الذي ترتب الصرف في الورثة[3] وشروط الوقف[4].

الثالثة: تنبيه: هذا كله في ازدحام حقوق المعينين.

وأما الاستحقاق في بيت المال المرصد للمصالح، فهو على العموم، ولهذا لا يقطع سارقه، غنيًا كان أو فقيرًا للشبهة[5]، نعم يقطع الذمي، ولا نظر لنفقة الإمام عليه عند حاجته؛ لأنه إنفاق للضرورة بشرط الضمان، ولأنهم عللوا عدم القطع في المسلم بكونه خاصًا بالمسلمين، وانتفاع الذمي بالقناطر ونحوها بطريق التبع[6].

وأما الاستحقاق في الشوارع ونحوها، فالحق فيه غير متعين لواحد، ويختص التصرف الكامل فيه بالمسلمين، أما أهل الذمة فيمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين، وإن جاز لهم استطراقها، ولأنه كإعلائهم البناء على بناء المسلمين أو أبلغ. قال النووي: هذا هو الصحيح، وذكر الشاشي فيه وجهين[7].

---

(١) لأن الصغير مانع من موانع الولاية به تنتقل الولاية للأبعد. انظر: روضة الطالبين (٦٢/٧).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٥٢/٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢٠/٣).

(٤) شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف، فلو قال: وقفت على أولادي وأولاد أولادي، فلا ترتيب، بل يسوى بين الجميع، ولو زاد فقال: ما تناسلوا، أو بطنًا بعد بطن، فكذلك، ويحمل على التعميم على الصحيح.
وقال الزيادي: قوله: بطنًا بعد بطن يقتضي الترتيب، ولو قال: على أولادي، ثم على أولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد أولادي ما تناسلوا، أو بطنًا بعد بطن، فهو للترتيب. انظر: روضة الطالبين (٣٣٤/٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١١٨/١٠).

(٦) وفي وجه: لا قطع، واختاره البغوي، وقال: ينبغي أن لا يكون إنفاق الإمام عليه بشرط الضمان. قال: وهذا في مال المصالح. انظر: روضة الطالبين (١١٨/١٠).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٢٩٤/٥، ٣٢٤/١٠).

قاعدة فى التزاحم على الحقوق:

لا يقدم أحد على أحد إلا بمرجح، وله أسباب:

الأول: بالسبق، كازدحام الخصوم فى الدعوى[(١)]، والازدحام فى الأحياء[(٢)] ونحوه.

ومنه: إذا مات اثنان أحدهما بعد الآخر وهناك ماء يكفى أحدهما، فالأول أولى به؛ لأن غسله وجب عنه موته[(٣)]، فلا يتغير حكمه بموت الآخر بعده، حكاه الرويانى عن والده، قال: ولو كان وجود الماء بعد موتهما لم يقدم الأول منها، بل يجب الرجوع إلى معرفة أفضلهما وأورعهما فيقدم، فإن تساويا يخير.

ومنه: لو أقر الوارث بدين لإنسان، ثم بدين آخر لغيره، والتركة لا تفى بهما، فالدين الأول أولى[(٤)]، قاله الهروى، كذا قاله أهل النظر من أصحابنا فى مجالس النظر، وقال أبو بكر الشاشى فى كتابه: أن الشافعى، رحمه الله، قال: التركة بينهما؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث، والمورث لو أقر على التعاقب كانا من ماله على السواء. قال: والمذهب المشهور الأول.

ومنه: لو قتل جماعة مرتبًا قتل بالأول، وللباقين الديات[(٥)]، ولو قتل أحد الأخوين الأب والآخر الأم مرتبًا، ولا زوجية، فهل يقدم الأول، أم يقتص من المبتدى بالقتل؟ وجهان أصحهما فى الروضة الثانى[(٦)].

ومنه: المستحاضة المميزة التى ترى الدم على نوعين، فالضعيف استحاضة والقوى حيض، فيقدم الأسود، ثم الأحمر، ثم الأشقر، ثم الأصفر، ويرجح ذو صفتين على ذى صفة، فإن استويا رجح الأسبق، قاله المتولى. وقال الرافعى: إنه موضع تأمل[(٧)]. قال ابن

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٤٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٤٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٤٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٤٠).

(٥) وفى البيان وجه أنه يقتل بالجميع، وليس بشىء. انظر: روضة الطالبين (٩/٢١٨).

(٦) قال النووى: لم يعبر عن ترجيح الوجهين بما ينبغى، فقد قطع بالإقراع الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ وغيرهم، وقطع بالثانى القاضى أبو الطيب والبغوى وغيرهما، ونقله الإمام عن الأصحاب، مع أنه رجح الإقراع، والأرجح ما نقله عن الأصحاب. انظر: روضة الطالبين (٩/١٥٤).

(٧) والوجه الثانى أن المعتبر فى القوة اللون وحده، وادعى إمام الحرمين اتفاق الأصحاب على هذا=

الرفعة: ولعل مراده أنه ينبغى عند انفراد كل صفة أن يعول على اللون؛ لأنه الذى جاء به.

الخبر الصحيح:

ومنه: لو باع شقصًا مشفوعًا ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشترى، فأفلس بالثمن وأراد البائع الرجوع فى عين ماله، فأوجه أصحهما فى زوائد الروضة فى باب التفليس: أنه يأخذه الشفيع؛ لأن حقه سابق، فإنه ثبت بالبيع وحق البائع ثبت بالإفلاس، فقدم الأسبق(١).

ومنه: لو باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشترى بالفلس، ووجد البائع عين ماله وهو مرهون لم يرجع؛ لأن حق المرتهن سابق لحقه، فإنه تعلق بالمال بعقد الرهن، وحق البائع تعلق بالمال بنفس الحجر، والرهن سابق والإعسار متأخر.

ومنه: لو وكل رجلاً فى بيع عبده، ووكل آخر بعتقه. قال الدبيلى فى أدب القضاء: فعندنا من سبق فله الحكم، فإن باع قبل العتق لم يعتق، وإن عتق قبل البيع عتق(٢). وقال المزنى فى المنثور: تبطل الوكالة بالبيع؛ لأن العتق ينافى البيع، فإن حصل العتق والبيع فى حالة واحدة بطلا جميعًا، وإن أشكل أقرع، فإن خرجت على العتق نفذ أو على البيع، فقولان أصحهما لا يصح.

ومنه: لو قذف امرأة، فقال: يا زانية يا بنت الزانية، وجب حدان، ويحد لها أولاً قبل أمها لسبقها به، وقيل: يقرع، والمذهب الأول(٣).

ومنه: لو استرق الحربى وغنم ماله وعليه دين لمسلم أو ذمى، وفى الدين من ماله المغنوم، ثم ما فضل للغانمين؛ لأن حق الغانمين إنما تعلق بماله بعد شغله بحق الغير(٤).

ومنه: لو علق عتق المدبر على صفة صح وعتق بالأسبق من الموت والصفة(٥)، ولو

=الوجه، واقتصر عليه أيضًا الغزالى، والصحيح عند الأصحاب الوجه الأول. انظر: روضة الطالبين (١/١٤١).

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/١٥٦).

(٢) نقله السيوطى فى الأشباه عنه. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٤٠).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٤٧).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢٥٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٢/٢٠٠).

تعاقب سببًا هلاك بأن عثر بحجر.

الثانى: بالقرعة، وسيأتى فى حرف القاف.

الثالث: بالقوة، ولهذا لو أقر الوارث بدين وأقام آخر بينة على دين، والتركة لا تفى بهما، فالبينة أولى، قاله صاحب الإشراف[١].

* * *

التسمية

أطلق النووى وغيره استحباب التسمية فى جميع العبادات والأفعال، حتى عند الجماع وإرادة دخوله الخلاء[٢]، وفى استحبابها لغسل الجنب وجه حكاه المتولى[٣].

وقال صاحب الجواهر: الأفعال ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تستحب فيه، كالوضوء والتيمم وذبح المناسك وقراءة القرآن والعلم والأكل والشرب.

الثانى: ما تسن، كالصلاة والحج والأذكار والدعوات.

والثالث: ما تكره فيه، وهو المحرم والمكره. انتهى.

وما ذكره فى قراءة القرآن يشمل ما لو ابتدأ من أثناء السورة، وبه صرح فى التبيان، وحكاه العبادى فى الطبقات عن الشافعى، رحمه الله، وما ذكره من الصلاة والحج استشكله ابن عبد السلام.

وما أطلقه من الأذكار يشمل التشهد، وفى استحبابها أوله وجه قوى لوروده فى حديث رواه النسائى وغيره.

* * *

تصرف الإنسان فى غيره ستة أقسام

الأول: تصرف بالولاية المحضة.

---

(١) نقله السيوطى عن صاحب الإشراف (٢/٣٤٠).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٣٤٤).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٧٦).

وهو الأب والجد والحاكم[(١)].

ثانيها: تصرف بالنيابة المحضة.

أما بتسليط المالك وهو الوكيل[(٢)]، أو الشرع كالحاكم فى مال الغائب إذا خيف عليه[(٣)]، وحكى المتولى فى باب الفرائض عن الأصحاب وتابعه الرافعى: أن وقوف المساجد والقرى يصرفها صلحاء أهل القرية إلى عمارة المسجد ومصالحه، إذا فقد من إليه النظر[(٤)].

ثالثها: تصرف بنيابة مشوبة بولاية أو ولاية مشوبة بنيابة، وهو الوصى من حيث إنه يتصرف بالتفويض، يكون تصرفه بالنيابة ومن حيث إنه يتصرف فى حق من لا يلى التصرف من نفسه يكون بالولاية. ذكر هذا التقسيم القاضى الحسين فى باب تجارة الوصى بمال اليتيم، وأشار فى موضع آخر إلى خلاف فى أن تصرف الوصى، هل هو بالنيابة أو بالولاية، وبنى عليه أن الوصى إذا جن ينعزل، فإذا أفاق هل تعود ولايته؟ على وجهين، إن غلبنا النيابة لا تعود، أو الولاية عادت.

ويخرج من كلامهم خلاف فى أن تصرف الوصى أقوى من تصرف الوكيل أو لا، ففى الأم عند الكلام فى الأوصياء، التصريح بأن الوصى أضعف من الوكيل، والوكيل لا يوكل بغير الإذن، فالوصى أولى. وقال ابن الرفعة عند قول الشيخ: لا يبيع الوكيل بغير نقد البلد، أن نيابة الوصى أقوى، بدليل جواز توكيله فيما يقدر عليه عند الجمهور، هذا كلامه.

وذكر القاضى الحسين فى كتابه المسمى بالأسرار، عن القفال: إن عقد القضاء نيابة، ولهذا لا يستخلف دون الإذن ويصح عزله. قال القاضى: فقلت له: لو كان لبطل بالموت، ولما نفذ قضاؤه على المسلمين، قال: نظرًا للمسلمين.

قلت: لا تبطل بالموت وللضرورة نفذت قضاياه على الإمام، وله حتى لا تتعطل حقوقه، وما يستحقه غيره عليه من الحقوق. وحكى الإمام والرافعى خلافًا فى أن

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٥٥).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٥٥).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١١/١٩٨).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٣٥٩).

القاضى يزوج عند غيبة الولى بالولاية أو بالنيابة[١].

رابعها: تصرف بغير ما سبق، وهو ضربان:

أحدهما: أن تدعو إليه ضرورة، كالتصدق بمال المجهول الذى انقطع ولا يعرف خبره على ما حكاه الرافعى فى آخر باب القضاء على الغائب عن بعضهم، وكاللقطة بعد التعريف، ولو وجد حيوانًا معلمًا بعلامة الهدى كالإشعار والتقليد، فإن له التقاطه فى الأصح.

قال النووى: وفائدة التقاطه التصرف فيه بالنحر بعد التعريف، ويجىء ذلك فى الأموال كما مثلنا[٢]، وفى الإبضاع كما لو كان فى الرفقة امرأة لا ولى لها، فولت أمرها رجلاً حتى زوجها، جاز على المذهب المنصوص، وليس هذا قولاً فى صحة النكاح بلا ولى، بل تحكيمًا، والمحكم قائم مقام الحاكم، قاله الرافعى[٣]، وهو يقتضى اشتراط أهليته للقضاء. قال النووى: وهذا يعسر فى مثل هذا الحال، فالمختار الصحة إذا كان عدلاً، وهو ظاهر النص[٤].

ومنه: امرأة المفقود على القديم تتربص أربع سنين ثم تعتد وتنكح[٥].

الثانى: أن لا تدعو حاجة للتصرف ابتداء، فينظر إن دعت إلى صحته وتنفيذه بطول مدة التصرف وتكررها وتعذر استرداد أعيان أمواله، كما لو غصب أموالاً وتصرف فى أثمانها مرة بعد أخرى، فطريقان أصحهما أنه على القولين الآتيين فى تصرف الفضولى، والثانية القطع بالصحة؛ لأن رفع التصرف الكثير بالنقض عسر، وإن لم تدع الحاجة إلى ذلك ابتداء ولا دوامًا، وهو تصرف الفضولى، ففى بطلانه من أصله أو وقفه على إجازة المالك وتنفيذه قولان، أصحهما الأول[٦].

---

(١) قال الرافعى: وهل تزويجه فى هذا الحال بالولاية أم النيابة عن الولى؟ وجهان حكاهما الإمام فيه، وفى جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولى الخاص. انظر: روضة الطالبين (٧/٥٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/٤١٧).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٥٠).

(٤) ذكره النووى فى زوائد الروضة (٧/٥٠).

(٥) قال الرافعى: إذا قلنا بالقديم تربصت أربع سنين ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة، فتعتد عدة الوفاة ثم تنكح. انظر: روضة الطالبين (٨/٤٠١).

(٦) ذكرها الرافعى فى كتاب البيع عند الكلام عن تصرف الفضولى. انظر: روضة الطالبين (٣/٣٥٦).

واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالان:

أحدهما: أن يتصرف فيه لمالكه، فهذا محل الخلاف المذكور.

وثانيهما: أن يتصرف لنفسه، وهو الغاصب، ففيه الخلاف السابق.

خامسها: التصرف في مال الغير بإذنه على وجه يحصل فيه مخالفة الإذن، فلا يصح، كما لو قال: بعه بمائة، فباعه بأقل، لم يصح(١).

ثم للوكيل في تصرفه أحوال:

أحدها: أن يقصد إيقاعه عن موكله، فواضح.

الثاني: أن يقصد نفسه، فإن كان في العين فلغو، ولهذا لو وكله في الصدقة بماله فتصدق ونوى نفسه لغت نيته ووقع عن الموكل، قاله الرافعي في باب الوكالة(٢)، وفي باب الديات عن فتاوى البغوي، أن الوكيل في استيفاء القصاص إذا قال: قتلته لا عن جهة الموكل، بل لغرض نفسي، لزمه القصاص، وينتقل حق الموكل للتركة.

الثالث: أن لا يطلق ولا يقصد شيئًا، وفي الفروع المنثورة آخر الطلاق من الرافعي أن الوكيل إذا طلق لا يحتاج إلى نية إيقاع الطلاق عن موكله في الأصح(٣)، وفي الاستذكار أن الحاكم إذا طلق على المولى، أن قال: أنت طالق، ولم يقل: عن فلان، لم يقع، ولو قال: أنت خلية، أو غيره من الكنايات، ونوى الطلاق، أو قال: عن فلان. قال ابن القطان: يصح، وقضيته أن الوكيل لابد أن يضيف إلى موكله لفظًا أو نية، سواء طلق بصريح أو كناية.

سادسها: التصرف للغير بمال المتصرف، كمن اشترى بعين ماله لزيد سلعة، فإن لم يسمه، وقع العقد عن المباشر، وإن سماه فإن لم يأذن له لغت التسمية، وهل يقع عنه أم يبطل؟ وجهان(٤)، وإن أذن له، فهل تلغو التسمية؟ وجهان، فإن قلنا: لا، وقع عن الإذن، وهل يكون الثمن المدفوع قرضًا أو هبة؟ وجهان(٥).

* * *

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/٣١٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٣٣٥).

(٣) ذكره بنصه في الروضة. انظر: روضة الطالبين (٨/٢٠٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٣٥٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٣٥٦).

تصرف الحاكم، هل هو حكم؟

حتى إذا عقد نكاحًا أو بيعًا مختلفًا فيه، هل يستلزم صدوره منه الحكم بصحته حتى لا يجوز لغيره نقضه، كما لو عقده غيره، ثم حكم هو به أم لا؟.

قال الرافعي في الكلام على ميراث المفقود: إن القسمة إن كانت بالقاضي، فقسمته تتضمن الحكم بالموت(١)، وفي باب القسمة، إذا اعترفوا بالاشتراك في ملك عند الحاكم، لا يقسم بينهم، إلا ببينة تشهد بملكهم على الصحيح؛ لئلا يتمسكوا بقسمته على ثبوت الملك لهم(٢).

وعبارة الشافعي في الأم مصرحة به، حيث قال: وإن أردتم قسمي، فأتوا بالبينة على أصل حقوقكم فيها، وذلك أني إن قسمت بلا بينة فجئتم بشهود يشهدون أني قسمت بينكم هذه الدار إلى حاكم غيري، كان بسببها أن يجعلها حكمًا مني لكم. انتهى.

وكلام الجرجاني مصرح بأنه ليس بحكم، فإنه علل منع إجابة الحاكم الشركاء، إذا طلبوا منه القسمة بأن من الناس من يرى قسمة الحاكم حكمًا منه بالملك، فلا يأمن أن يكون لغيرهما، فيرفع إلى حاكم بعده، فيحكم لهما بالملك، فقوله من الناس صريح في أنا لا نقول به، ونبه الماوردي على أن هذا حيث لا منازع، فإن كان لم يجز له الحكم باليد، إلا ببينة يشهد لها قولاً واحدًا؛ لأن قسمة الحاكم إثبات لملكها، واليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك(٣). ونبه الدارمي على أن الخلاف فيما إذا لم يعلمه لها، فإن علم قضى له قطعًا.

وأما إذا قلنا: لا ينقسم فقسم ولا بينة لم ينقض حكمه، إلا ببينة.

وذكر الرافعي في كتاب الشفعة، أنه لو كان عقار بين شريكين، فغاب أحدهما ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادعى الحاضر أنك اشتريته ولي فيه الشفعة وأقر بأنه اشتراه من الغائب، فهل للمدعي أخذه؟ وجهان أصحهما نعم؛ لتصادقهما على البيع، ويكتب

---

(١) وإن اقتسموا بأنفسهم، فظاهر كلام الأصحاب في اعتبار حكمه مختلف، فيجوز أن يقال فيه خلاف إن اعتبرنا القطع، فلا حاجة إلى الحكم، وإلا فلابد منه؛ لأنه في محل الاجتهاد. انظر: روضة الطالبين (٦/٣٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١١/٢١٩).

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١٦/٢٧٠).

القاضى فى السجل أنه أثبت الشفعة بإقرارهما، فإذا قدم الغائب فهو على حجته[(١)].

ومثله ما ذكره القاضيان الحسين والماوردى وغيرهما أن المفلس إن تولى بيع أمواله فذاك، وإن كان البائع هو الحاكم، فلا يجوز حتى تشهد عنده بينة بملكه لها، ولا تكفى فيها يده واعترافه[(٢)].

ومثله ما ذكره ابن الصلاح فى فتاويه: أن الخلاف فى جواز العقد بالمستورين محله إذا كان العاقد غير حاكم، فإن باشره الحاكم لم ينعقد بهما قطعًا، بل لابد من العدالة الباطنة، أى لأن الحكم بالصحة لا يجوز بمستورين، لكن هذه طريقة حكاها المتولى، وقال: الصحيح لا فرق بينه وبين غيره.

واعلم أن الرافعى، رحمه الله، ذكر فى كتاب النكاح ما يوهم أنه ليس بحكم، فإنه نقل عن النص أن السلطان لا يزوج التى تدعى غيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولى خاص حاضر، وأنها خلية عن النكاح والعدة[(٣)]، فمنهم من قال: أنه واجب، ومنهم من قال: يستحب، فإن الرجوع فى العقود إلى قول أربابها.

قال فى الروضة: والأصح الثانى، وهذا يقتضى أن تصرفه ليس بحكم؛ لأنه لا يجوز له الحكم بالصحة فى العقود والأملاك ونحوهما بمجرد قول أربابها، بل لابد من البينة أو العلم به[(٤)].

وقال الرافعى أيضًا فى كلامه على المفقود: وإذا ضرب القاضى المدة فمضت، فهل يكون حكمًا بوفاته أم لابد من استئناف حكم؟ فيه وجهان أصحهما الثانى[(٥)].

وفى حاشية الكفاية: الحنفى يجوز العقد بحضور فاسقين، فإذا رفع عقده لحاكم شافعى، وقد كان باشر العقد حاكم حنفى، فهل مباشرته للعقد حكم منه بصحته حتى يكون فى نقضه ما فى نقض حكم الحنفى فى أمثال ذلك، أو لا يكون حكمًا منه بصحة العقد، وكذا فى كل ما يباشره الحكام من العقود؟ الذى دل عليه كلام أصحابنا أنه ليس بحكم إذ فى الشامل أى والبحر فيما إذا قسم مال المفلس ثم ظهر غريم آخر أنه يسلم له

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٩٨).

(٢) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٦/٣١٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٦٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/٦٩).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٦/٣٤).

حصته، إن قيل: فقد نقضتم حكم الحاكم بالقسمة، قلنا: ليس ذلك بحكم منه.

ولهذا قال الإمام الشافعى، رضى الله عنه: لو زوج الصغيرة لم يصح نكاحه، ولو حكم فيه حاكم آخر بعد التزويج نفذ، والماوردى أجاب عن السؤال بأن ذلك وزان وجدان النص، بخلاف ما حكم به، وأنه نص فى هذا، وهذا منه يدل على أنه سلم أنه حكم(١).

وأنا أقول: إن تخيل ذلك فى قسمته جبرًا، فلا يتخيل فى عقد النكاح، إذا تقدم منه شق الإيجاب؛ لأنه يستحيل أن يسبق الحكم بالصحة وجود أحد شقى العقد والحكم لا يقبل التعليق. نعم إذا تقدم شق القبول على شق الإيجاب فيه، فقد يتخيل أنه حكم، والله أعلم. انتهى.

وحصل خلاف فى هذه المسألة، والصحيح أنه ليس حكم لأربعة أوجه:

أحدها: أنه لو كان حكمًا لاستدعى تقدم دعوى فى ذلك؛ لأن الحكم يستدعى ذلك، وهو مفقود هنا.

الثانى: أن الحكم يستدعى محكومًا له وعليه وبه، وذلك مفقود هنا.

الثالث: أنهم قالوا: لو ظهر ما باعه مستحقًا بطل، ولو كان حكمًا لم يبطل، ثم إنه كان ينبغى تخريج ذلك على أن القاضى، هل يقضى بعلمه أم لا(٢).

الرابع: أن مستند الحكم لابد أن يكون سابقًا، والإلزام الذى هو إنفاذ الحكم يتضمن الإخبار عن المستند السابق، وقول القاضى: بعت أو زوجت ونحوهما، ليس كذلك، ولأن الإلزام يكون عن شىء وقع، والعقد إلى الآن لم يقع.

وكلام الشافعى، رحمه الله، فى الرسالة ظاهر فى ذلك، حيث قال فى ترجمة الحجة فى ثبت خبر الواحد: ألا ترى أن قضاء القاضى على الرجل للرجل، إنما هو خبر يخبر به عن بينة، ثبتت عنده أو إقرار من خصم أقر به عنده، فأنفذ الحكم فيه. انتهى. والأحسن فى الضبط أن يقال: تصرف الحاكم على أربعة أقسام:

الأول: ما هو حكم قطعًا، وذلك فى الحكم بالصحة والموجب.

---

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٦/٣١٢).

(٢) طريقان، أحدهما: نعم قطعًا، وأشهرهما قولان، أظهرهما عند الجمهور: نعم؛ لأنه يقضى بشهادة شاهدين، وهو يفيد ظنًا، فالقضاء بالعلم أولى. انظر: روضة الطالبين (١١/١٥٦).

الثاني: ما ليس بحكم قطعًا، كسماع الدعوى والجواب والبينة ونحوه.

الثالث: ما فيه تردد، والأصح أنه ليس بحكم، كما إذا باع أو زوج ونحوه.

الرابع: ما فيه تردد، والأشبه أنه حكم، كما إذا كان بين خصمين فسخ نكاح أو بيع، ففسخ القاضى، كان ذلك حكمًا منه بالفسخ، ويحتمل أنه ليس بحكم حتى يحكم بصحة الفسخ أو بموجبه.

* * *

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة

نص عليه: قال الفارسى فى عيون المسائل: قال الشافعى، رحمه الله: منزلة الوالى من الرعية، منزلة الولى من اليتيم[(١)]. انتهى.

وهو نص فى كل وال.

ومن ثم إذا قسم على الأصناف حرم عليه التفضيل مع تساوى الحاجات؛ لأن عليه التعميم، وكذا التسوية، بخلاف المالك فيهما[(٢)]. قال الماوردى: وإذا أراد إسقاط بعض الجند بسبب جاز، وبغير سبب لا يجوز، حكاه فى الروضة. وقال الماوردى أيضًا: لا يجوز لأحد من أولياء الأمور أن ينصب إمامًا للصلوات فاسقًا، وإن صححنا الصلاة خلف الفاسق، أى؛ لأنها مكروهة، وولى الأمر مأمور بمراعاة المصلحة، ولا مصلحة فى حمل الناس على فعل المكروه[(٣)].

وحيث يخير الإمام فى الأسير بين القتل والاسترقاق والمن والفداء، لم يكن ذلك بالتشهى، بل يرجع إلى المصلحة، حتى إذا لم يظهر له وجه المصلحة حبسهم إلى أن يظهر[(٤)]، ولو طلبت من لا ولى لها خاصًا أن يزوجها بغير كفء ففعل، لم يصح فى الأصح؛ لأن حق الكفاءة هنا لجميع المسلمين، وهو كالنائب عنهم، فلا يقدر على تفويته[(٥)].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢١).

(٣) نقله السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/١٢١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢١).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٢١).

التصريح ببعض ما يقتضيه الإطلاق، هل يكون مفسدًا

فيه خلاف فى صور:

منها: إطلاق البيع يقتضي الحلول، فلو باع عبده بعشرين بشرط حلول عشرة منها صح، وإن كان الكل حالاً، ولا يقال: أن النص على حلول العشرة يقتضى تأجيل الباقى، فلا يصح البيع لجهالة الأجل، وقيل: يبطل البيع، بدليل الخطاب، قاله الرويانى.

ومنها: أن الخيار ثابت للمكاتب ابتداء، فلو شرط للسيد خيار الثلاث فى الكتابة، قال الرويانى: إن أراد نفى الخيار له بعد الثلاث بطل العقد قولاً واحدًا، وإن أراد إثبات الخيار له فى الثلاث مع ثبوته بعد هذا صح العقد، ولا معنى لهذا الشرط، وإن أطلق القول بلا إرادة فوجهان، ووجه البطلان أن تقديره بثلاث يقتضى نفى الخيار بعدها، كما لو قال: اقض دينى إلى ثلاثة أيام، لم يكن له قضاؤه بعدها، ومن قال بالصحة، أجاب بأن الأجنبى لا يقضى الدين من ماله إلا بإذن، فإذا أقدر الثلاث، عاد الأمر بعد الثلاث إلى ما قبل، وهاهنا الخيار ثابت للمكاتب ابتداء، فشرطهما خيار الثلاث، يقتضى إثباته، فإذا مضت بقى له الخيار بحكم العقد، ولا يكون هذا الشرط مفيدًا زيادة فائدة.

* * *

فصول التعارض

تعارض الأصل والظاهر

فيه قولان: والمراد بالأصل القاعدة المستمرة أو الاستصحاب.

اعلم: أن الأصحاب تارة يعبرون عنهما بالأصل والظاهر، وتارة بالأصل والغالب، وكأنهما بمعنى واحد، وفهم بعضهم التغاير، وأن المراد بالغالب ما يغلب على الظن من غير مشاهدة، وهذا يقدم الأصل عليه، والظاهر ما يحصل بمشاهدة كبول الظبية(١)، وإنزال المرأة الماء بعدما اغتسلت وقضت شهوتها(٢)، وهذا لا تعويل عليه؛ لأن الظاهر عبارة عما يترجح وقوعه، فهو مساو للغالب، وعلى كل تقدير فلجريان القولين شروط:

أحدها: أن لا تطرد العادة بمخالفة الأصل، فإن اطردت عادة بذلك، كاستعمال السرجين فى أوانى الفخار، قدمت على الأصل قطعًا، فيحكم بالنجاسة، قاله الماوردى.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).

ومثله الماء الهارب فى الحمام لاطراد العادة بالبول فيه[١].

الثانى: أن تكثر أسباب الظاهر، فإن ندرت لم ينظر إليه قطعًا، ولهذا اتفق الأصحاب على أنه إذا تيقن الطهارة وغلب على ظنه الحدث، كان له الأخذ بالوضوء[٢]، ولم يجروا فيه القولين فيما يغلب على الظن نجاسته، هل يحكم بنجاسته[٣].

قال الإمام: وفرق شيخى بينهما بأن الاجتهاد يتطرق إلى تمييز الطاهر من النجس؛ لأن للنجاسات أمارات بخلاف الحدث. ورده الإمام بأن أصل الشافعى فى تمييز دم الحيض عن دم الاستحاضة بالصفات معلوم، وهذا اجتهاد، وقد أثبت الشرع للمنى صفات وفائدة ذكرها التمسك بها، فإطلاق القول بأن الاجتهاد لا يتطرق إلى الأحداث غير سديد، ثم حاول الفرق بما حاصله أن الأسباب التى تظهر بها النجاسة كثيرة جدًا، وهى قليلة فى الأحداث، ولا أثر للنادر والتمسك باستصحاب اليقين أولى.

الثالث: أن لا يكون مع أحدهما ما يعتضد به، فإن كان فالعمل بالترجيح متعين.

قال النووى: وقول الأصحاب: من قال: إن كل مسألة تعارض فيها أصلان أو أصل وظاهر، ففيها قولان ليس على ظاهره، ولم يريدوا حقيقة الإطلاق، فإن لنا مسائل يعمل فيها بالظاهر بالإجماع، ولا ينظر فيها إلى أصل براءة الذمة، كمسألة بول الحيوان، ومسائل يعمل فيها بالأصل قطعًا، كمن ظن أنه أحدث أو طلق أو أعتق أو صلى ثلاثًا أو أربعًا، فإنه يعمل فيها كلها بالأصل، وهو البناء على الطهارة وعدم الطلاق والعتق والركعة الرابعة.

فالصواب فى الضابط ما قاله الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح: أنه عند تعارضهما يجب النظر فى الترجيح كما فى تعارض الدليلين، فإن تردد فى الراجح، فهى مسائل القولين، وإن ترجح دليل الظاهر عمل به، أو دليل الأصل عمل به[٤].

وقال ابن الرفعة: محل الخلاف فى تقابل الأصلين أو الأصل والظاهر ما إذا لم يكن مع أحدهما ما يعتضد به، فإن كان فالعمل بالمرجح متعين، ويدل على ذلك من كلام الغزالى أمران:

---

(١) نقله السيوطى عن المصنف فى الأشباه والنظائر (١/٦٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٥١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٥).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢٠٦).

أحدهما: قوله فى كتاب العتق، فيما إذا اختلفا فى قيمة العبد وقد مات: فادعى المعتق نقص القيمة بسبب نقيصة طارئة، فالأصل عدم النقص، والأصل براءة الذمة، فيخرج على تقابل الأصلين، وليس معنى تقابل الأصلين استحالة الترجيح، بل يطلب الترجيح من مدرك آخر سوى استصحاب الأصول، فإن تعذر فليس إلا التوقف، أما تخيير المعنى بين متناقضين، فلا وجه له.

قلت: قد حكاه الماوردى وجهًا(١).

الثانى: قوله فى كتاب الرهن: إذا أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن، فباع الراهن ورجع المرتهن، فادعى أنه رجع قبل بيعه، فالأظهر أن القول قوله؛ لأن أصل عدم الرجوع يعارضه أن الأصل عدم البيع، فيبقى أن الأصل استمرار الرهن، وبسط ذلك أن أحد الأصلين عارضه الأصل الآخر، فتعطل وبقى أصل آخر خاليًا من المعارضة، فيعمل به(٢).

والأولى أن يقال: إذا اجتمع فى جانب أصلان أو أصل وظاهر، وفى جانب آخر أصل أو ظاهر فقط لا تعارض؛ لأن شرطه التساوى، ولا تساوى، ولكن يعمل بالراجح، إذ العمل به متيقن شرعًا وعقلاً.

وبالجملة فكل من الأمرين قول الشافعى، فإنه ذكر فيما إذا تعارضت بينة الخارج والداخل، تساقطتا وبقيت اليد خالية عن المعارضة، فعمل بها، كما لو لم تكن بينة أصلاً، فيه قولان يظهر أثرهما فى احتياج الداخل إلى اليمين، فعلى الأول لا يحتاج، وعلى الثانى يحتاج.

واعلم: أن الضابط إن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعًا، كالشهادة والرواية والإخبار، فهو مقدم على الأصل قطعًا، وإن لم يكن كذلك، بل كان سنده العرف أو القرائن أو غلبة الظن، فهذه يتفاوت أمرها، فتارة يعمل بالأصل، وتارة يعمل بالظاهر، وتارة يخرج خلاف، فهذه أربعة أقسام(٣):

الأول: ما قطعوا فيه بالظاهر كالبينة، فإن الأصل براءة ذمة المشهود عليه، ومع ذلك يلزمه المال المشهود به قطعًا(٤).

---

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (١٨/٣٠).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/١٤٤).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).

ومنه: اليد فى الدعوى، فإن الأصل عدم الملك، والظاهر من اليد الملك، وهو ثابت بالإجماع.

ومنها: إخبار الثقة بدخول الوقت[١].

ومنها: إخبار الثقة بنجاسة الماء إذا كان فقيهًا موافقًا يقدم على أصل طهارة الماء قطعًا، وكذا إن لم يكن فقيهًا موافق، ولكن عين تلك النجاسة[٢].

ومنه: قبول المرأة فى حيضها، وانقضاء عدتها بالإقراء، ولو فى مدة أقل ما يمكن[٣].

ومنه: لو أخذ المحرم بيض دجاجة وأحضنها صيدًا، ففسد بيضه ضمنه؛ لأن الظاهر أن الفساد نشأ من ضم بيض الدجاجة إلى بيضه، ولم يحك الرافعى فيه خلافًا[٤].

منه: لو اغتسلت من الجماع بعدما قضت شهوتها ثم خرج منها منى بعد الغسل، فإنه يجب عليها إعادة الغسل؛ لأن الخارج منيها، أو منيها ومنى الرجل؛ لأن الظاهر اختلاطه، مع أن الأصل عدم ذلك، فالقياس عدم الوجوب[٥]، ولهذا قال فى الوسيط: هذا يدل على أن للظن أثرًا، يعنى فى نقض الطهارة.

وقد ذكر الرافعى مسألة نسب فيها إلى الوهم والتفرد، فمن تحقق الحدث وغلب على ظنه أنه قد توضأ أنه يأخذ بالوضوء[٦]، لعله أخذه من كلام الوسيط هذا، فإن الظن كما أثر فى نقض الطهارة بخروج المنى بعد الغسل، وقضاء الوتر كذلك يؤثر فى رفع الحدث.

ومنه: لو وضع عصيرًا فى دن وسد فمه، ثم فتحه بعد مدة فوجده خلاً، فقال لزوجته: إن كان الذى فى الدن قد انقلب خمرًا قبل أن يصير خلاً فأنت طالق، فإنه يقع الطلاق، كما نقله الرافعى فى آخر كتاب الطلاق؛ لأن الظاهر انقلابه خمرًا قبل انقلابه خلاً[٧].

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٤).
(٤) نقله السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/٦٤).
(٥) حكاهما السيوطى فى الأشباه والنظائر (١/٦٧).
(٦) قال: لأن الأصل بقاء الحدث، فلا يضر التردد معه. انظر: روضة الطالبين (١/٤٨).
(٧) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٦).

ومنه: مدة الخف إذا شك فى انقضائها يأخذ بالشك ويترك الأصل(١).

ومنه: قال الشافعي، رحمه الله، فى الأم: فمن مر فى الصحراء بميت وعليه أثر الغسل والكفن والحنوط، فإنهم يدفنونه، فإن اختاروا الصلاة عليه، صلوا على قبره بعد دفنه؛ لأن ظاهره أنه قد صلى عليه. انتهى. وفى هذا توقف، بل الأظهر الصلاة عليه؛ لاحتمال الاقتصار على غسله وتكفينه، ولا مرشد للصلاة عليه، حتى يحكم بها من غير دليل(٢).

الثاني: ما فيه خلاف، والأصح تقديم الظاهر.

فمنه: لو شك بعد الصلاة فى ترك فرض منها، لم يؤثر على المشهور؛ لأن الظاهر جريانها على الصحة، وإن كان الأصل عدم إتيانه به، وكذا حكم غيرها من العبادات كالوضوء والصوم والحجر(٣).

ومنه: اختلاف المتعاقدين فى الصحة والفساد، القول قول مدعى الصحة على الأظهر؛ لأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة، وإن كان الأصل عدمها(٤).

ومنه: لو جاء من قدام الإمام واقتدى به وشك، هل تقدم عليه أم لا؟ فالأصح المنصوص القدوة، كما قاله فى شرح المهذب(٥). وقال القاضى الحسين: لا يصح عملاً بالأصل، بخلاف ما إذا جاء من ورائه، وقواه ابن الرفعة.

ومنه: لو امتشط محرم فانتتف منه شعر، لزمه الفدية، فلو شك هل حصل ذلك بسبب المشط أم لا، فقيل: يجب؛ لأن الأصل بقاؤه ثابتًا إلى وقت الامتشاط؛ لأنه سبب ظاهر فى حصول الإبانة، فيضاف إليه، وأصحهما لا يجب؛ لأنه لم يتحقق والأصل براءة الذمة من الفدية(٦).

ومنه: حلف ليضربن عبده مائة ضربة، فضربه بعثكال عليه مائة شمراخ مرة واحدة، فإن علم إصابة الجميع له برئ، وإن شك فى إصابتها برئ على النص، وفى قول مخرج: لا؛ لأن الأصل عدم الإصابة(٧).

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٧).

(٢) ذكره النووى فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين (٢/١٤٣، ١٤٤).

(٣) الثانى: الأصل عدم فعله. انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٧).

(٤) والثانى: لا لقول الأصل عدمها. انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٧).

(٥) قال الإمام النووى: الصحيح المنصوص فى الأم وبه قطع المحققون تصح صلاته قولاً واحدًا بكل حال؛ لأن الأصل عدم المفسد. انظر: المجموع شرح المهذب (٤/٢٩٩).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٥).

(٧) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين الرملى (٨/٢١٠).

ومنه: رأى حيوانًا يبول فى ماء، ثم جاء فوجده متغيرًا، فإنه يحكم بنجاسته، وإن احتمل تغيره بطول مكث، أو بسبب آخر نص عليه، فأسند التغير إليه مع أن الأصل طهارته، لكنه بعد التغير احتمل أن يكون بالمكث، وأن يكون بذلك البول، وإحالته على البول المتيقن أولى من إحالته على طول المكث، فإنه مظنون، فقدم الظاهر على الأصل، وتابعه الجمهور، وقيل: إن كان عهده عن قرب غير متغير فنجس، وإلا فظاهر، ولو ذهب عقب البول فلم يجده متغيرًا، ثم عاد فى زمن آخر فوجده متغيرًا، قال الأصحاب: لا يحكم بنجاسته[١]. وقال الدارمى: يحكم.

ومنه: لو قطع لسان صبى حين ولد ولم تظهر أمارات لصحة لسانه. قال الرافعى: قطع الأصحاب بأن فيه الدية، مع أن الأصل براءة الذمة، ولم يعارضه شىء، وعكس الإمام، فقال: اتفقوا على أن الدية لا تجب[٢].

ومنه: لو وكل بتزويج ابنته ثم مات الموكل ولم يعلم، هل مات قبل العقد أو بعده، فالأصل عدم النكاح، والأظهر بقاء الحياة. قال القاضى الحسين فى فتاويه: والأصح أن العقد صحيح؛ لأن الظاهر بقاء الحياة، وخالفه الرويانى فى البحر، فقال: الأصح عندى أنه لا يصح؛ لأن الأصل التحريم، فلا يستباح بالشك[٣].

ومنه: إذا رأت المرأة الدم لوقت يجوز أن يكون حيضًا، أمسكت عما تمسك عنه الحائض؛ لأن الظاهر أنه حيض، وقيل: لا يجب الإمساك عملاً بالأصل، بل تصلى مع رؤية الدم، فإن انقطع لدون يوم وليلة أجزأها ما صلت، وإن دام تركت؛ لأنه يجوز أن يكون دم حيض وأن يكون دم فساد، فلا يجوز ترك الصلاة بالشك[٤]، واقتضى كلام الماوردى أن الخلاف مخصوص بالمبتدأة، وأن المعتادة تترك بمجرد رؤية الدم قطعًا وهو ظاهر[٥]، والظاهر أنه وجه مفصل، كما سنذكره بعد.

ومثله الخلاف فى انقضاء العدة، هل يحصل بالطعن فى الحيضة الرابعة، أو لابد من مضى يوم وليلة، أو يفرق بين أن تكون معتادة أو غيرها[٦]. وكذا لو قال: إن حضت

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٣٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/٢٧٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٨).

(٥) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (١/٣٨٩).

(٦) انظر: نهاية المحتاج (٧/١٢٩).

فأنت طالق، هل تطلق برؤية الدم أو بمضى يوم وليلة[(١)].

ومنها: لو غلب على ظنه دخول وقت الطلاة صحت صلاته، ولا يشترط تيقن دخوله، ولا الصبر إلى أن يتيقن دخوله على الأصح، وكذلك فى الاجتهاد فى الأوانى والفطر والصيام[(٢)].

ومنه: النوم غير ممكن مقعدته ناقض للوضوء؛ لأنه مظنة خروج الحدث، وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة[(٣)].

ومنها: إذا قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، ولم يقصد تأكيدًا ولا استئنافًا، بل أطلق، فالأظهر يقع ثلاث؛ لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ، ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد، فالتأسيس أولى، وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر، ووجه مقابله أن الأصل المتيقن عدم ذلك[(٤)].

ومنها: قال لها فى رمضان قبل العشر الأخير: أنت طالق ليلة القدر، طلقت بانقضاء ليالى العشر. وقال الغزالى: لا تطلق حتى تمضى سنة؛ لأن الطلاق لا يقع بالشك وأنكروه عليه، واعتنى به الحموى، وخرجها على هذه القاعدة، فإنا إن راعينا ظواهر الأخبار فى العشر الأواخر أوقعنا الطلاق، وإن راعينا أن الأصل العدم فى كل يوم لم نوقع الطلاق حتى يتحقق الوقوع بإمضاء سنة، فإن دلالة الأخبار فى العشر الأخير غير قطعية، والأصل بقاء النكاح[(٥)].

الثالث: ما قطعوا فيه بالأصل، وإلغاء القرائن الظاهرة.

فمنه: لو تيقن الطهارة وشك فى الحدث أو ظنه، فإنه يبنى على يقين الطهارة، عملا بالأصل، وكذا عكسه وخالف الرافعى هنا وأعمل ظن الطهارة وسبق ما فيه[(٦)].

ومنه: لو شك فى طلوع الفجر فى رمضان، فإنه يباح له الأكل حتى يتيقن

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٥١/٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٨٥/١).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (١٧/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧٩/١).

(٥) انظر: حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (١٥/٧).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤٨/١).

طلوعه[١]، ولو ادعت الزوجة مع طول بقائها مع الزوج أنه لم يوصلها النفقة والكسوة الواجبة فهى المصدقة، لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جدا.

ومنه: لو اختلط الحلال بالحرام، وكان الحرام مغمورا، كما لو اشتبه محرم بنسوة قرية كبيرة، فإن له نكاح، من شاء منهن، فإن الأصل الإباحة[٢].

ومنه: لو اشتبهت ميتة بمذكاة بلد، أو إناء بول بأوانى بلد فله أخذ بعضها بلا اجتهاد قطعا وإلى أى حد ينتهى؟ وجهان: أصحهما إلى أن يبقى واحد[٣].

ومنه: لو زوج الأب ابنته معتقدا بكارتها فشهد أربع نسوة بثيوبتها عند العقد لم يبطل لجواز إزالتها باصبع أو ظفر، قاله الماوردى، أى مع أن الأصل البكارة.

ومنه: المتبايعان تمضى عليهما مدة يغلب على الظن عدم تلازمهما ثم ادعى أحدهما التفرق وأنكره الآخر، فالمصدق المنكر استصحابا للأصل فى تلازمها، وللرافعى فيه بحث[٤].

ومنه: المديون، إذا عرف له مال قطعوا بحبسه بناء على أن الأصل بقاؤه[٥]، قال الشيخ عز الدين: وكان ينبغى، إذا طالت المدة وكان ضعيفا عن الكسب ومضت مدة تستوعب نفقتها ما عنده، أنه لا يحبس، لأن الظاهر أنه ينفق ما عهدناه على نفسه وعياله، قال: وهذا السؤال مشكل جدا ولعل الله ييسر حله. قلت: وهذا نظير بحث الرافعى فى التى قبلها.

ومنه: إذا ادعت الرجعية امتداد الطهر مدة طويلة، وعدم انقضاء العدة فتصدق، لأن الأصل بقاء العدة، وتجب نفقتها وربما كان ذلك على خلاف الظاهر القوى[٦].

ومنه: لو ظن أنه طلق أو أعتق أو أحدث يعمل بالأصل المستصحب ويلغى ظنه، وإن أسند لظاهر قطعوا به[٧]، إلا أن الرافعى اختار فى ظن الطهارة[٨] خلافه وسبق ذكره.

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملى (١٧٤/٣).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٨/١).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٦/١).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٤٤/٣)، الأشباه والنظائر (٦٦/١).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٣٧/٤).
(٦) انظر: روضة الطالبين (٦٥/٩).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٤٨/١).
(٨) المجموع شرح المهذب (٢٠٥/١).

ومنه: لو أسلم فى لحم فأتاه به على صفات السلم فقال المسلم، هذا لحم ميتة لا يلزمنى قبوله، وقال المسلم إليه: بل مذكى فعليك قبوله فالمصدق المسلم قطع(١) به الزبيرى فى المسكت، والعبادى فى أدب القضاء، والهروى فى الإشراف. قال العبادى: لأن اللحم فى حال الحيوان محرم الأكل والأصل بقاء تحريمه حتى تتحقق الذكاة الشرعية.

قلت: ينبغى أن يكون على القولين، لأن الظاهر من حال المسلم أنه لا يحمل لحم ميتة، ويدعى طهارته ويؤيده ما سيأتى فى مسألة اللحم الملقى فى المكتل أو خرقة ببلد المسلمين(٢)، بل أولى وقد قالوا فى المكاتب إذا أتى سيده بمال، فقال السيد: هذا حرام، فالمصدق المكاتب بيمينه، أنه حلال، ويقال للسيد: أما أن تأخذه أو تبريه(٣) ومنه ما ذكره فى الاحياء، ولو وكل شخصًا فى شراء جارية ووصفها، فاشتراها الوكيل بالصفة المذكورة، ومات الوكيل قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل للموكل وطؤها، لاحتمال أنه اشتراها لنفسه، وتوجيه ما ذكره أن شراء الوكيل الجارية بالصفات الموكل بها ظاهر فى الحل، ولكن الأصل التحريم فغلبناه.

ومنه: لو أسلم الكافر وصلى خلفه رجل، فلما فرغ من الصلاة قال الإمام: جحدت

---

(١) قال الشمس الرملى: قاله جمع متقدمون استصحابًا لأصل الحرمة فى الحياة حتى يتيقن الحل بالزكاة الشرعية وظاهر أن محله إن سلم مالم يقل المسلم إليه أنا ذبحته أخذًا من قولهم لو وجدت شاة مذبوحة فقال ذمى: ذبحتها حلت. انظر: نهاية المحتاج (٤/٢١٦).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٤/٢١٦).

(٣) قال الرافعى: إن أقام بينه بذلك لم يجبر على قبوله وتسمع منه هذه البينة لأن فى اقامتها غرضًا ظاهرًا وهو الامتناع عن الحرام هكذا أطلقه كثيرون، وقال الصيدلانى: إنما تقبل البينة إذا لم يعين فلا تتصور البينة للمجهول ولا معنى لقولهم إنه مقصور والصحيح الأول وإن لم يكن بيته فالقول قول المكاتب بيمينه أنه له لظاهر اليد فإن نكل حلف السيد وكان كإقامة البينة فى وجه لا يحتاج السيد إلى بينة والصحيح الأول ولا تثبت بينة السيد فى حق المالك الذى عينه ولا يسقط بحلف المكاتب حقه ثم إذا حلف المكاتب فالمذهب أنه يجبر السيد على قبوله، أو إبرائه عن ذلك القدر فإن امتنع منهما أخذ الحاكم تلك النجوم، وعتق المكاتب.

وقيل: فى إجباره على الأخذ قولان ثم إذا أخذه السيد نظر إن عين له مالكا أمر بتسليمه إليه بلا خلاف هو مؤاخذة له باعترافه وإن لم يقبل قوله على المكاتب.

وإن لم يعين مالك بل اقتصر على قوله هو مغصوب أو مسروق أو حرام فوجهان: أحدهما ينتزعه الحاكم ويحفظه فى بيت المال إلى أن يظهر مالكه وأصحهما لا ينتزعه لأنه لم يقر لمعين. انظر: روضة الطالبين (١٢/٢٥٢).

الإسلام وارتددت، قال الطبرى: فإن صلاة المؤتم به لا تبطل، لأنه إذا عرف منه الإسلام لم ينزل عن حكمه إلا أن يسمع منه الجحود، ولو كان له حال ردة وحال إسلام وصلى خلفه ولم يعرف فى أى حالتيه صلى، قال الإمام الشافعى: أحببت له أن يعيد وإن لم يفعل لم يجب، لأن الأصل هو الأسلام[١].

ومنه: لو تنجب شاة سخلة رأسها يشبه رأس شاة وذنبها يشبه ذنب الكلب، ففى فتاوى القاضى الحسين: أنها تحل، لأنّا لم نتحقق أن فحلها كان كلبًا[٢].

الرابع:

ما فيه خلاف، والأصح تقديم الأصل.

فمنها: لو أدخل الكلب رأسه فى الإناء وشك، هل ولغ فيه أم لا؟ وأخرجه وفمه رطب، فإنه لا يحكم بتنجيس الماء فى الأصح فى الروضة، لأن الأصل عدم الولوغ وهو مشكل، لأن الرطوبة التى على فمه يكاد يقطع بأنها من الماء، ولعل صورة المسألة ما إذا شك فى أن الرطوبة التى على فم الكلب من أى شيء حصلت[٣].

كما إذا شاهدنا رأسه فى الإناء، وأخرجه وعلى فمه رطوبة، وأما لو شاهدنا فمه يابسًا وأدخل رأسه فى الإناء ثم أخرجه رطبًا، أو أدخل رأسه وسمعناه بلغ فى الإناء، فلا وجه إلا القطع بالنجاسة[٤].

ومنها: لو شك المصلى فى عدد الركعات، فإنه ينى على الأقل وهو اليقين لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها، ولا يجوز العمل فيه بقول غيره، وقيل إن كثر عددهم رجع إلى قولهم عملاً بالظاهر وهو قوى[٥].

ومنها: لو شك فى عدد الطوف: نعم، لو طاف وعنده أنه أتم العدد فأخبره عدل ببقاء شيء، فالقرب الرجوع لقوله، لأن الزيادة لا تبطله، ذكره الرافعى: فى الحج[٦].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٣٥٣).

(٢) نقله الخطيب الشربينى عنه، ونقل عن البغوى قوله: لاتحرم لأنه قد يحصل الخلق على خلاف صورة الأصل. انظر: مغنى المحتاج (٤/٣٠٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١/٣٠٩).

(٦) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٣/٩١).

ومنها: لو اختلطت تمرة حلال بتمر كثير حرام، أو صيد مباح بصيد كثير مملوك، فإنه يحرم الأكل من التمر والصيد؛ كما قاله الشيخ عز الدين فى القواعد لغلبة الحرام، ونـدور الحلال، فإن كثر الحلال والحرام عند إنسان، فالبيع منه وأكل ماله جائز، ولو كـان أكثر ماله حرامًا، جازت معاملته أيضا مع الكراهة، كذا قطعوا[١] به مع حكـايتهم قولـين فـى غلبة ظن النجاسة وجزموا عند ظن الحرام الكثير بجواز المعاملة والقياس: إما التسوية وإمـا المنع منها، لتعلق حق الله تعالى بها وحق الآدمى، وقال الإمام: إنما لم يجروا هنا القولـين، لأنا صادفنا أصلا مرجوعًا إليه فى الإملاك، وهو اليد فاعتمدناه، بخلاف النجاسة فإنّا نجد أصلاً يعارض غلبة الظن إلا استصحاب الطهارة.

قلت: وما ذكره الإمام من الاعتمـاد علـى اليـد فـى المعاملـة يعارضـه الاعتمـاد علـى الأصل، وهو الطهارة. ولهذا قال الشيخ نجم الدين البالسـى: ينبغـى تخريـج المسـألة علـى الأصل والغالب حتى لو باع من أكثر ماله حرام، لا يحل لـه أن يقبـض منـه الثمـن حتـى يذكر جهته، وكذلك فى طعامه، لو قدمه له ضيافة.

قلت: قد قال به الغزالى فى الضيافة، فقال فى الوليمة: إذا كان الداعى إليها فـى مالـه شبهة، لم تجب الإجابة، ولولا اعتبار ذلك لما سقط عنه الواجب[٢].

ومنه: لو توضأ من بئر فيها دون قلتين، ثم صلى ثم جاء فوجد فى البئر فأرة، فإنـه لا يعيد الصلاة، لاحتمال وقوعها بعد الوضوء.

ومنها: لو صلى ورأى بعد الصلاة فى ثوبه نجاسة، احتمـل وقوعهـا بعـد سـلامه مـن الصلاة، لم يعد[٣]، ولو وجد فى ثوبه منيًا ولم يدر متى حصل له، قال الأصحاب: يعيـد الصلاة من آخر نومة نامها فى ذلك الثوب[٤].

ومنها: لو شك فى صلاة يوم من الأيام الماضية، هلى صلاها أم لا؟ قال الرويـانى: إن كان مع بعد الزمان، لم يعد، لأن الإنسان، لا يقدر على ضبط ما وقـع منـه فـى المـاضى ويعسر عليه تذكره، وإن كان مع قرب الزمان كمن شك فى آخـر الأسـبوع فـى صـلاة يوم من أوله وجبت الإعادة، قال بعضهم: وينبغى حمل كلام الرويـانى علـى مـن كـانت

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٦).

(٢) انظر: إحياء علوم الدين للإمام الغزلى(٢/١٥).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢١٣).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٤).

عادته مواظبة الصلاة، أما من اعتاد تركها أو بعضها فالظاهر وجوب الإعادة عليه وهذا متعين، لابد منه[١].

ومنها: ثياب مدمني النجاسات وطين الشارع الذى يغلب على الظن اختلاطه بالنجاسة، والمقابر التى يغلب نبشها، والأصح الطهارة[٢].

ولطين الشارع أصول ينبى عليها:

أحدها: ما ذكرنا من تعارض الأصل والظاهر، وهو الذى اقتصر عليه الأصحاب[٣].

ثانيها: طهارة الأرض بالجفاف والريح والشمس على القديم[٤].

ثالثها: طهارة النجاسة بالاستحالة إذا استهلكت فيه عين النجاسة وصارت طينًا، وأما الذى يظن نجاسته ولا يتيقن طهارته، فقال المتولى، والرويانى: بأنه على القولين[٥]، وخالفهما النووى فقال: المختار الجزم بطهارته[٦].

ومنها: لو جرح المحرم صيدا وغاب، ولم يعلم هل برئ من جراحته أو مات، فالمذهب أن عليه ضمان ما نقص لأصل براءة الذمة من الزوائد[٧]، أو قال أبو إسحاق: عليه جزاؤه كاملاً لأنه قد صيره غير ممتنع والظاهر بقاؤه على هذه الحالة.

ومنها: لو جرح المحرم صيدا فغاب، ثم وجده ميتًا، ولم يدر أنه مات بجراحته أو بسبب حادث، فالواجب جزاء كامل أو ضمان الجرح فقط، كما لو علم أنه مات بسبب آخر ففيه قولان، قال فى الروضة: قلت: أصحهما الثانى[٨]، وهو مشكل لأنه وجد سبب يمكن إحالة الموت عليه وهو الجرح، كما لو جرح ومات فإنه يضمنه، وإن جاز أن يموت بسبب آخر سواه، وكذلك لو جرح صيدا أوغاب عنه فوجده ميتًا يحل

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٧٤/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٧/١).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (٢٠٩/١).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب (٢٠٩/١).

(٥) نقله النووى فى شرحه للمهذب. انظر: المجموع شرح المهذب (٢٠٩/١).

(٦) قال النووى: (قال المتولى والروبانى: قيه القولان، وهذا الذى ذكره فيه نظر، والمختار الجزام بطهارته لأنه إن كان هناك نجاسة انعكست). انظر: المجموع شرح المهذب (٢٠٩/١).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٦٦/١).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١٦٣/٣).

أكله على المشهور. ولننظر فى الفرق بين هذه الصور ومسألة بول الظبى فى الماء ثم يجده متغيرًا حيث أحالوه على البول[١].

لكن فى شرح التلخيص لأبى عبد الله الجرجانى، وقد ذكر مسألة إذا غاب عن الصيد ثم وجده ميتًا، وأجاب بأنه لا يحل، ثم قال: ونظيره من مسألة الماء أن يبول الظبى فيه ولا يعقبه التغير حتى يمضى زمان ثم يوجد متغيرًا، فلا يحكم بأن التغير عن البول، وكذلك القول فى الجناية، لأن الشافعى رضى الله عنه قال: ولا يحكم بموت المجنى عليه منها حتى تشهد بينة أنه لم يزل مريضا منها إلى أن مات، فالمسائل الثلاث كلها سواء تجمعها نكتة واحدة انتهى.

ومنها: قال: بعتك الشجرة بعد التأبير فالثمرة لى، وعاكسه المشترى صدق البائع، لأن الأصل بقاء ملكه، جزم به فى الروضة[٢] لكن الدارمى قال: إنهما يتحالفان ويترادان.

ومنها: لواختلفا فى ولد الأمة المبيعة، فقال البائع: وضعته قبل العقد وقال المشترى: بل بعده، قال الإمام فى آخر النهاية: كتب الحليمى، إلى الشيخ أبى زيد يسأله عن ذلك فأجاب بأن القول قول البائع، لأن الأصل بقاء ملكه[٣].

قلت: وحكى الدارمى فى المصدق منهما وجهين.

ومنها: لو اختلف مع مكاتبته، فقالت: ولدته بعد الكتابة فمكاتب مثلى، فقال السيد: بل قبلها صدق السيد ، قاله البغوى، والرافعى، قالا: ولو زوج أمته بعبده ثم باعها له وولدت وقد كاتبه، فقال السيد: ولدت قبل الكتابة فهو قن لى، وقال المكاتب: بل بعد الشراء فمكاتب، صدق المكاتب بيمينه، وفرقا بأن المكاتب هنا يدعى ملك الولد كما سبق لأن ولد أمته ملكه ويده مقرة على هذا الولد، وهى تدل على الملك، والمكاتبة لا تدعى الملك، بل ثبوت حكم الكتابة فيه[٤].

تنبيهان:

الأول: القولان فى تعارض الأصل والغالب، المراد بالغالب غلبة الظن، لا من جهة

(١) انظر: روضة الطالبين (٣٨/١).

(٢) جزم به النووى فى روضة الطالبين (٥٨٨/٣).

(٣) نقله السيوطى فى الأشباه (٦٨/١).

(٤) نقله السيوطى فى الأشباه عنها (٦٩/١).

علامة تتعلق بعين الشيء، فهذا موضع الخلاف فى أن أصل الحل هل يزال بـه كـالخلاف فى التطهير من أوانى مدمنى الخمر، والصلاة فى المقـابر المنبوشـة، وفـى طـين الشـوارع، أعنى القدر الزائد على ما يتعذر الاحتراز منه، والمختار أن الأصل هو المعتبر، وأن العلامة إذا لم يتعلق بغير التناول لم يجب دفع الأصل فأما إذا استند غلبة الظن إلى علامـة متعلقـة بعين الشيء وجب ترجيح الغالب كمسألة بول الظبية، فـإن البـول المشـاهد دلالـة مغلبة لاحتمال النجاسة[١] وقد بان لنا أن استصحاب الأصل ضعيف، ولا يبقى لـه حكـم مـع غالب الظن ذكر هذا الغزالى فى الإحياء.

الثانى: قال القرافى: فى تقديم الأصل على الغالب رخصة، لأن الطهـارة نـادرة فيمـا يغلـب نجاسته وإذا كـان الغـالب النجاسـة فتركـه ورع، وأمـا عنـد اسـتواء الاحتمـالين وترجيح جانب الطهارة فتركه وسواس.

* * *

تعارض الأصلين

يخرج فيه قولان فى كل صورة.

قال صاحب الذخائر فى باب زكاة الفطر: وعلى المجتهد ترجيح أحدهما بوجـه مـن وجوه النظر، فلا يظن أن تقبل الأصلـين يمنـع المجتهـد مـن إخـراج الحكـم، إذ لـو كـان كذلك لخلت الواقعة عن حكم الله تعـالى، وهـو لا يجـوز، وقـال المـاوردى: إذا تعارضـا أخذنا بالأحوط، ولهذا لو شك وهو فى الجمعة هل خرج الوقت أم لا؟ أتم الجمعة علـى الصحيح، فإن الأصل بقاء الوقت، ولو شك قبل الشروع فيها فى بقاء الوقت لـم يجمـع، لأن الأصل وجوب الظهر، وقيل: يجوز لأن الأصل بقاء الوقت[٢].

ولوى رمى بحصاة، وشك أن حصولها فى المرمى بالأسباب، أو بحركـة المحـل، فهـل يحسب؟ وجهان بناء على تقابل الأصلين، قاله فى المهذب[٣].

ولو قد ملفوفًا وزعم موته تجب الدية، وإنما سقط القصاص للشبهة[٤].

ولو أدرك المسبوق الإمام وهو راكـع، وشـك فـى إدراك حـد الاجـزاء، فهـل يـدرك

(١) انظر: روضة الطالبين (٣٧/١).

(٢) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٤٣٧/٢).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (١٥٦/٨).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٧١/١).

الركعة لأن الأصل بقاء الركوع أو لا لأن الأصل عدم الإدراك؟ وجهان أصحهما الثاني[١].

ولو اتفق المتراهنان على الإذن والرجوع، وقال الراهن: تصرفت قبل الرجوع، فالقول قول المرتهن فى الأصح[٢]، ومنشأ الخلاف تقابل الأصلين، فإن الأصل عدم الرجوع ورجح البغوى السابق للدعوى.

ولو قبض عوضا موصوفًا فى الذمة، ثم تنازعا فى عيب يمكن الحدوث، فالقول قول أيهما؟ فيه وجهان لتقابل أصلين السلامة واشتغال الذمة[٣].

قاله الإمام فى باب الخراج ولو رأى طائرًا فقال: إن لم آخذ هذا الطائر فامرأتى طالق ثم اصطاد طائرًا وزعم أنه ذلك الطائر، والناس لا يعرفون الحال، يقبل قوله لأن ما يدعيه محتمل والأصل بقاء نكاحه[٤].

ولو قال: لا أعرف أنا ذلك أيضا، واحتمل كل واحد من الأمرين، قال فى البحر: قال: والذى يحتمل أن يقع الطلاق، لأن الأصل أنه لم ياخذ ذلك الطائر، وأنه لم تبر يمينه ويحتمل أن لا يقع لأن الأصل بقاء النكاح، وهكذا لو قال: فعبدى حر هل يعتق على هذين الاحتمالين.

ولو وقع فى الماء نجاسة، وشك فى بلوغه قلتين، فهل يحكم بنجاسته لأن الأصل عدم بلوغه قلتين، أو بطهارته لأن الأصل فى الماء الطهارة؟ وجهان صحح النووى الثانى ويعضده أنا لا نسلم أن أصل الماء القلة، كما إذا كان كثيرًا ثم نقص، وشك فى قدر الباقى منه[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٦٩).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٠).
(٣) صورة المسألة فى السلم وهى «هو قبض المسلم فيه فجاء بمعيب، وقال: هذا الذى قبضه وأنكر المسلم إليه فالأصح تصديق المسلم، لأن الأصل أشتعال ذمة المسلم إليه، ولم تتيقنى البراءة، والثانى يصدق المسلم إليه لأن الأصل السلامة واستقرار العقد، ولهذا يصدق البائع قطعا قيما لو جاء المشترى بمعيب، وقال: هذا المبيع لأنه لم يعارضه أصل أشغال الذمة وفارق المسلم لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء وتنازعا فى عيب الفسخ والأصل عدمه، والثمن المغبن كالبيع، وفى الذمة فيه الوجهان فى السلم» انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٠).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧١).
(٥) ورجح الشيخ ابن الدين الكتبانى مقالة صاحب الحاوى وتبعه البلقنى لأن النجاسة محققه،=

ومنه: لو اختلفا فى قدم العيب صدق البائع بيمينه لأن الأصل السلامة، ومقابله أن الأصل عدم القبض المبرى[١].

تنبيهان:

الأول: قد يتعارض أصلان ولا يتقدم أحدهما على الآخر، بل يعمل بكل منهما كالعبد المنقطع الخبر تجب فطرته مع أنه لو أعتقه عن الكفارة لم يجزئه، لأن الأصل شغل الذمة فلا تبرأ إلا بيقين والأصل بقاء الحياة فتجب فطرته[٢].

ونص الشافعى رضى الله عنه، فيما إذا أراد جماعة إنشاء قرية لا للسكن، فأقيم فيها الجمعة لم يجزء، ونص فيما إذا كانت قرية وانهدمت، وأقام أهلها لبنائها، وأقيم فيها الجمعة صح عملاً بالأصل فى الموضعين، ونظيره إذا أدخل رجله الخف وأحدث قبل وصول القدم إلى مستقرها، لا يجوز المسح، ونص فيما إذا أخرجها إلى الساق ثم أدخلها أنه لا يضر فله المسح عملاً بالأصل فى الموضعين.

ولو تيقن الحدث وشك فى الطهارة فتوضأ، وقال: إن كنت محدثًا فهذا يرفعه وإلا فتبرد صح، ولو كان متطهرًا وشك فى الطهارة فتوضأ، وقال: ذلك لم يصح عملاً بالأصل فى الموضعين[٣]، قاله الدارمى.

وإذا قلنا: الحامل تحيض فلا تنقضى به العدة[٤]، والمتحيرة تجعل فى الصلاة طاهرا، وفى الوطء حائضًا[٥].

ولو طلق زوجته ثم عاشرها ومضت ثلاثة أقرأ، انقضت عدتها فى الطلاق البائن دون الرجعى على أشبه الأوجه، قال القفال، والبغوى: ولا رجعه له بعد مضى الإقراء وإن

=وبلوغ القلتين شرط، والأصل عدمه، ولا يجوز الأخذ بالاستصحاب عند القائلين به إلا أن يقطع بوجود المنافى وأما السبكى فإنه لاجح مقالة النووى. انظر: الأشباه والنظائر (٦٩/١).

(١) وقيل المصدق فى هذه المشترى. انظر: حاشية القليوبى وعميره (٣٥/٢).

(٢) انظر: حاشية القليوبى وعميرة (٣٥/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٨/١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٧٦/٨).

(٥) قال الرافعى: «فيستحب الاحتياط فى ستة أشياء؟ منها: الأول: يحرم وطؤها أبدًا على الصحيح وقبل يباح للضرورة فعلى الصحيح لو وطىء فلا كفارة قطعًا، والأستمتاع بغير الوطء لها فيه حلم الحائض، ثم قال: الثالث: يجب عليها الصلوات الخمس أبدًا». انظر: روضة الطالبين (١٥٣/١).

حكمنا بأن العدة لم تنقض بها أخذنا بالاحتياط من الجانبين[١].

ولو كسفت الشمس ثم حال سحاب، فلم يدر هل انجلت أم لا، فله أن يصلى لأن الأصل بقاء الكسوف، قال الرافعي: وعلى عكسه لو كان تحت الغيم فظن الكسوف لم يصل حتى يستقين[٢].

ومما اعتبر فيه الأصل من الجانبين:

إذا أكلت الهرة فأرة أو نجاسة ثم غابت، واحتمل ولوغها فى ماء كثير أو قليل جار ثم ولغت فى إناء، لا نحكم بنجاسة فمها استصحابًا للأصل[٣] فيها.

ومنها: لو وجد شعرًا ملقى فى خرقة وشك هل هو من مذكاة أو ميتة، قال الماوردى: إن علم أنه من حيوان يؤكل فهو طاهر عملاً بالأصل، أو من غير مأكول فنجس، وإن شك فوجهان على الخلاف فى أن الأصل فى الأشياء الإباحة أو الحظر، وأبدى صاحب البحر احتمالاً فى نجاسة المأكول، لأنه لا يدرى هل فصل فى حياته أم لا، قال النووى: وهو خطأ لأنّا تيقنا طهارته فى الحياة ولم يعارضها أصل ولا ظاهر[٤].

وذكر النووى: لو وجد قطعة لحم ملقاة، وفى البلد مجوس ومسلمون فنجسة، أو مسلمون خاصة، فإن وجدها فى خرقة أو مكتل فطاهرة، أو ملقاة على الأرض فنجسة[٥] انتهى.

وينبغى مجىء هذا التفصيل فى الشعر، لأنه إذا أخذ من مذكى المجوس كان نجسًا وهذا متعين، لابد منه، وقد تقدم فى الثالث فيما قطعوا فيه بالأصل مسألة اللحم المسلم فيه، إذا قال المسلم: هو ميتة، وقال المسلم: إليه مذكى يصدق المسلم، لأن اللحم فى الحياة محرم الأكل والأصل بقاؤه[٦]، وهذا يلزم منه التنجيس فى اللحم الملقى فى مكتل، أو خرقة ببلد المسلمين، لأن الذكاة لا تتحقق، والأصل الحرمة، والاعتماد فى الطهارة على ربطه بخرقة، أو وضعه فى مكتل ليس بأقوى من يدى المسلم إليه، ودعواه الطهارة،

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٣/٣٣٧).

(٢)حزم به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (٢/٨٦).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٤).

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢١٠).

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢١٠).

(٦) قال الرملى: «قاله جمعٌ متقدمون استصحابًا للأصل». انظر: نهاية المحتاج (٤/٢١٦).

وهذا الفرع لا يعكر على مسألة الشعر، فإن الشعر في حالة الحياة، طاهر منتفع به، فاستصحب له هذا الأصل، كما استصحب للحم أصل التحريم[١].

وذكر الدارمي في الاستذكار أنّا، لو وجدنا جلدًا مدبوغًا، ولم ندر هل هو جلد كلب، أو غيره، أو دريناه وشككنا في أنه دبغ أم لا فوجهان انتهى.

وينبغي أن يكون الأصل في المسألة الأخيرة النجاسة، لأنّا إذا تحققنا أنه جلد ميتة وشككنا في دبغه، كان الأصل بقاء النجاسة، ولو تحققنا الدبغ وشككنا في آلته، فالظاهر الحكم بالطهارة، لأن الظاهر أن الدبغ يقع بالأشياء الحريفة القالعة[٢].

الثاني: لو كان في جهة أصل وفي جهة أصلان، فمال ابن الرفعة إلى القطع بتقديم ذي الأصلين، وأنه لا يجري فيه الخلاف ويشهد له ما لو شك، هل رضع في حولين أو بعده، فلا تحريم في الأصح[٣]، ولوشك هل رضع خمس رضعات، أو أقل، فلا تحريم قطعًا.

وما ذاك إلا لأن للأولى اصلا وهو الإباحة فلا يزال بالشك والأصل بقاء الحولين[٤]، بخلاف الثانية فلها أصل واحد وهو الإباحة فلا يرفع بالشك فيه، لكن في إجراء هذا على الإطلاق نظر، بل الخلاف جار في ترجيح ذي الأصلين، أما الجزم فلا، ألا ترى إلى صور تعارض فيها أصلان مع أصل واحد، وجرى فيها الخلاف.

ومنها: اذن المرتهن في بيع المرهون فباعه الراهن، وادعى المرتهن أنه رجع قبل بيعه، فالأصل عدم الرجوع، ويعارضه أصلان عدم البيع واستمرار الرهن[٥] وقد سبقت.

ومنها: لو زاد المقتص في موضحة على حقه، لزمه قصاص الزيادة. هذا إذا لم يزد باضطراب الجاني، فلو زاد باضطرابه. فلا غرم، ولو قال: تولدت الزيادة باضطرابك فلا غرم، فإنكر، ففي المصدق وجهان، قال الرافعي: لأن الأصل براءة الذمة، والأصل عدم الاضطراب.

قال ابن الرفعة: وكان ينبغي القطع بتصديق المشجوج، لأنه وجد في حقه أصلان،

(١) انظر: نهاية المحتاج (٤/٢١٦).
(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (١/٢٤٢).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٠).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٠).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٧٠).

أحدهما: ما تقدم، والثانى: أن الأصل عدم ارتعاشه أيضًا، ولم يوجد فى حق الشاج، إلا أصل واحد، والأصلان مقدمان على أصل واحد، لكن قد يقال كون الأصل عدم ارتعاش المشجوج لا يستلزم براءة ذمته، فإنه بجميع ذلك معتمد للفعل وهو موجب للأصل، فلا يرجح بهذا الأصل عدم وجوب الأرش.

وقد نوزع فى قوله فى المشجوج أصلان، بل أصل واحد، وهو عدم اضطرابه على أنه ينازع فيه، لأن من مسته آلة القصاص، يتحرك بالطبع[1]، وقد قال الإمام: لو كان صاحب المدية يحركها، والبهيمة تحرك حلقها، فحصل قطع الحلقوم والمرئ بتحاملها وتحريك يده، فالوجه التحريم، لاشتراك البهيمة والذابح[2].

الثالث: إذا ثبت حكم وأمكن أن يقال: أنه على مقتضى الأصل، وأن يقال: أنه على خلاف مقتضى الأصل، لعارض فالأول أولى، لما يلزم فى الثانى من مخالفته مقتضى الدليل، ذكره الشيخ تقى الدين بن دقيق العبدى، قال: ومثله: إذا حكم الشارع، بأن أثر الدم بعد الغسل لا يضر، أمكن أن يكون ذلك، لأن المحل قد طهر. وأمكن أن يكون ذلك للعفو عنه مع بقاء النجاسة فيقال: الأول أولى، لأنه يلزم من الحكم بالنجاسة مع العفو مخالفة الدليل، فإن لزم مخالفة أصل آخر من القول بالطهارة فحينئذ، يحتاج إلى الجواب والترجيح.

* * *

تعارض الحظر والإباحة يقدم الحظر

ومن ثم، لو تولد الحيوان من مأكول وغيره حرم أكله[3]، وإذا ذبحه المحرم وجب الجزاء تغليبًا للتحريم[4].

ولو تولد بين كلب وغيره، وجب التعفير، وهى من قاعدة اجتماع الحلال والحرام[5]، وقد سبقت فى حرف الهمزة.

* * *

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٩/١٩١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٤٩).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٤/٣٠٣).

(٤) قال النووى فى الزوائد: «قال الشافعى رحمه الله: فإن شك فى شىء من هذا فلم يدر أخالطه وحشيى مأكول أم لا استحب فداؤه». انظر: روضة الطالبين (٣/١٤٦، ١٤٧).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٠٦).

تعارض الواجب والمحظور يقدم الواجب

كما، إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، وجب غسل الجميع والصلاة عليهم[١] وكذلك اختلاط الشهداء بغيرهم، وإن كان غسل الشهيد حراما والصلاة عليه، إلا أنه ينوى الصلاة عليه، إن لم يكن شهيدا[٢].

ولو أسلمت المرأة يجب عليها الهجرة إلى دار الإسلام، ولو سافرت وحدها، وإن كان سفرها وحدها حراما[٣]، ويعذر المصلى فى التنحنح، إذا تعذرت عليه القراءة الواجبة[٤].

وقد يتعارض حرامان يتوقف كل منهما على واجب.

كإحرام المرأة، فإنه يجب عليها كشف وجهها، ولا يتم إلا بكشف بعض الرأس ويجب عليها ستر رأسها إذا أرادت الصلاة، ولا يتم إلا بستر بعض الوجه، قال الأصحاب: فالواجب عليها مراعاة الرأس، لأنه أصل فى الستر وكشف الوجه عارض[٥]، وقال فى البحر: يجب على المحرمة كشف وجهها، إلا القدر الذى لايمكنها تغطية الرأس، إلا بستر بعضه من الوجه.

فإن قيل: هلا وجب عليها كشف جميعه، ولا يمكن ذلك، إلا بكشف جزء من الرأس، فيكشف ذلك القدر أيضا، فلم قدمتم الستر على الكشف؟

قلنا: لأن الرأس يجب ستره من المرأة، لأنه عورة، وهذا المعنى موجود فى جميعه وفى الوجه للنهى عن النقاب، وهذا القدر من الستر، لا يكون نقابا، ولا فى معناه، ولأن الستر أكد فغلب حكمه.

* * *

تعارض الواجبين يقدم آكدهما

فيقدم فرض العين على فرض الكفاية.

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٤٣٦٠/١).
(٢) انظر: مغنى المحتاج (٣٤٩/١).
(٣) انظر: مغنى المحتاج (٢٣٩/٤).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١٤٨/١).
(٥) انظر: مغنى المحتاج (٥١٩/١).

ولهذا قال الرافعي في الكلام على الطواف: قطع الطواف المفروض، لصلاة الجنازة مكروه، إذ لا يحسن ترك فرض العين لفرض الكفاية[١]، وقال في باب الكسوف: لو اجتمع جنازة وجمعة وضاق الوقت، قدمت الجمعة على المذهب وقدم الشيخ أبو محمد الجنازة، لأن للجمعة بدلا[٢].

وقال فيمن عليه دين حال: ليس له أن يخرج في سفر الجهاد، إلا بإذن المداين، وكيف يجوز أن يترك الفرض المتعين عليه، ويشتغل بفرض الكفاية[٣].

قلت: وكل هذا يرد إطلاق من أطلق، أن القيام بفرض الكفاية أفضل من القيام بفرض العين، من جهة إسقاطه الحرج عن الأمة، والعمل المتعدى أفضل من القاصر.

ومن هذا ليس للوالدين منع الولد من حجة الإسلام على الصحيح، بخلاف الجهاد، فإنه لا يجوز، إلا برضاهما، لأن برهما فرض عين والجهاد فرض كفاية، وفرض[٤] العين مقدم.

نعم سووا بينهما في طلب العلم، فقالوا: إن كان متعينا فليس لهما منعه، وكذا، إن كان فرض كفاية على الصحيح، لأنه بالخروج إليه يدفع الإثم عن نفسه كالفرض المتعين[٥].

وفي فتاوى النووي: أن الجهاد مادام فرض كفاية، فإلاشتغال بالعلم أفضل منه، فإن صار الجهاد فرض عين، فهو أفضل من العلم، سواء كان العلم فرض عين أو كفاية.

قلت: وعلى الأول: ينزل نص الشافعي، الذى حكاه البيهقي في المدخل: ليس بعد اداء الفرض شيء أفضل من طلب العلم، قيل له: ولا الجهاد في سبيل الله؟ قال: ولا الجهاد في سبيل الله.

وأن اجتمع فرضا عين، فإما أن يكونا لله، أوله ولآدمي. فإن كانا لله تعالى، قدم آكدهما. ولهذا لو ضاق الوقت عن فريضة، وقضاء الفايتة كان فرض الوقت أولى[٦]،

---

(١) ذكره بنصه في روضة الطالبين (٣/٨٤).

(٢) انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع شرح المهذب (٥/٨٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢١٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢١١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٠/٢١١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١/٢٦٩).

كما لو اجتمع عيد وكسوف وضاق الوقت، يصلى العيد لأنه آكد[١].

ولو احتاج إلى شراء الثوب والماء، ولم يقدر، إلا على أحدهما اشترى الثوب، ويقدم مالا يترك بالعذر البتة[٢]، كما لو ابتلع طرف خيط بالليل وطرفه الآخر خارج، وأصبح كذلك، فإن تركه لم تصح صلاته، وإن نزعه أو ابتلعه لم يصح صومه، فينبغى أن يبادر فقيه إلى نزعه وهو غافل، وإن لم يتفق فالمحافظة على الصلاة بنزعه أو ابتلاعه أولى، ويقضى الصوم، لأن الصوم يترك بالعذر، وقيل: الأولى تركه محافظة على الصوم، لأنه مرة فى السنة. ويصلى للضرورة ويقضى الصلاة، وقيل: يتخير بينهما[٣].

وتجرى هذه الأوجه فى المرأة، فإذا قلنا يجب غسل باطن فرجها، إذا انتشر بولها إليه وبجفيفه[٤]، هكذا رجحوا هنا تقديم الصلاة وقدموا الصوم فى المستحاضة، فإنه يجب عليها حشو الفرج بقطن، إلا إذا كانت صائمة[٥].

قال ابن الرفعة: وكان ينبغى أن يتخرج المقدم منهما على الخلاف فى التى قبلها، والأصح فيه مراعاة الصلاة، يعنى وليس هنا كذلك، ثم فرق بأن الاستحاضة علة مزمنة فالظاهر دوامها، فلو راعينا الصلاة لتعذر عليها قضاء الصوم، لأنها تصلى الثلاث صلوات النهارية وتحشو لكل دائما، فلا يتصور منها الصوم والقضاء متيسر كل وقت، وأيضا، فإن المحذور هنا مع الحشو يخف، ولا ينتفى بالكلية؛ فإن الحشو يتنجس وهى حاملته وهناك ينتفى بالكلية.

قلت: إنما لم يخرجوا فى المستحاضة الخلاف لوجهين:

---

(١) انظر: الشرح الكبير بهامش المجموع شرح المهذب (٨٤/٤).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٩٠/١).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (٣١٤/٦).

(٤) «والمرأة مخرج بولها فوق مدخل الذكر. والغالب أنها إذا بالت نزل البول إلى مدخل الذكر. فإن تحققت ذلك تعين الماء وإلا جاز الحجر على الصحيح، والواجب على المرأة غسل ما تظهر إذا جلست على القدمين، وفى وجه ضعيف يجب على الثيب غسل باطن فرجها». انظر: روضة الطالبين (٧١/١).

(٥) قال الرافعى: «تغسل المستحاضة فرجها قبل الوضوء أو التيمم وتحشوه بقطنة أو خرق دفعا للنجاسة وتقليلا فإن اندفع به الدم، وإلا شدت مع ذلك خرقة فى وسطها وتلجمت بأخرى مشقوقة الطرفين فكل هذا واجب إلا أن تتاذى بالشد أو تكون صائمة فتترك الحشو وتقتصر على الشد». انظر: روضة الطالبين (١٣٧/١).

أحدهما: أنه لم يوجد منها تقصير فخفف عنها أمرها فصحت العبادتان منها قطعا، كما تصح صلاتها مع النجاسة، والحدث الدائم للضرورة[١].

والثاني: أن المستحاضة يتكرر عليها القضاء، ويشق بخلاف مسألة الخيط، فإنه لا يقع، إلا نادرا[٢].

وقالوا في المحرم: إذا خاف فوت الحج، لو صلى العشاء امتنع عليه صلاة شدة الخوف في الأصح، وقيل: يجوز، فعلى الأصح قيل يصلي بالأرضه مطمئنا ورجحه الرافعي[٣]، وقيل: يؤخر الصلاة، قال النووي: وهو الصواب[٤].

وعن القاضي الحسين: تخصيص الخلاف بما إذا علم فوت الكل، فلو علم إدراك ركعة في الوقت، فعليه الصبر إلى الموقف، ويصلي ركعة في الموقف.

ولو كان إذا صلى قائما لم يستمسك بوله، وإن صلى قاعدا استمسك فوجهان أصحهما في التحقيق يصلي قاعدا، لأن الصلاة قاعدا مع الطهارة أولى[٥].

ولو حبس في مكان نجس ومعه ثوب، إن بسطه صلى عريان قالوا: يبسطه ويصلي عريانا في الأصح[٦].

لو كان المحدث على بدنه نجاسة، ووجد ماء يكفي أحدهما قدم النجاسة، لأنه لا بدل له، بخلاف الحدث[٧]، ولو شرب مسكرا في رمضان وأصبح صائما تعارض واجبان، إن قلنا يجب الاستقاءة[٨].

ولو كان المحرم على بدنه طيب ومعه ما يكفيه لوضوئه، وجب ازالة الطيب به، لأنه بدل له كالنجاسة[٩].

---

(١) انظر: مغني المحتاج (١/١١١).

(٢) انظر: مغني المحتاج (١/١١١).

(٣) قال: «ويشبه أن يكون هذا الوجه أوفق لكلام الائمة». انظر: روضة الطالبين (٢/٦٣).

(٤) قال النووي: «فإنا جوزنا تأخير الصلاة لأمور لاتقارب المشقة فيها هذه المشقة كالتأخير للجمع». انظر: روضة الطالبين (٢/٦٣).

(٥) انظر: نهاية المحتاجة (١/٤٦٥).

(٦) ذكره النووي في زوائده. انظر: روضة الطالبين (١/٢٨٩).

(٧) ذكره النووي في زوائده. انظر: روضة الطالبين (١/٩٧).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٦٦).

(٩) قال النووي في المجموع: «هكذا أطلق المصنف وكثيرون هذه المسألة، وقال المحققون: هذا=

قال الإمام الشافعي رضى الله عنه: ولو وجد ماء قليلاً إن غسله به لم يكفه لو ضوءه غسله به وتيمم، لأنه مأمور بغسله، ولا رخصة له فى تركه إذا قدر على غسله. وهذا مرخص له فى التيمم، إذا لم يجد ماء انتهى.

وإن كان الحقان لله تعالى، ولآدمى، قدم المضيق، ولهذا ليس للزوج منع زوجته من أداء الصوم فى رمضان، وكذا من قضائه، إذا ضاق الوقت، بخلاف ما إذا اتسع الوقت[1].

ومنه: حج الفرض له منعها منه، نعم[2] إن لم يمتد زمن الموسع كالصلاة آخر الوقت فليس له منعها فى الأصح المنصوص[3].

وحكى الجيلى، أنه إذا ضاق الوقت وهو بأرض مغصوبة، لو خرج منها فاتت الصلاة أنه يصلى كذلك.

ولو تعين الجهاد على من له أبوان سقط إذنهما[4].

ولو اجتمع زكاة ودين آدمى فى تركة، قدمت الزكاة على الأظهر[5].

وكذلك لو اجتمع الحج والدين على ما قاله القاضى أبو الطيب، والماوردى[6] وغيرهما بخلاف مالو اجتمع جزية ودين آدمى حيث يسوى بينهما على المذهب،

=إذا لم يكن أن يتوضأ به ويجمعه ثم يغسل به الطيب، فإن أمكن ذلك وجب فعله جمعًا بين العبادتين». انظر: المجموع شرح المهذب (٧/٢٨١).

(١) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٤٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/١٧٩).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٣٦).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤/٢١٧، ٢١٨).

(٥) قال الرافعي: «إذا قلت الدين لا يمنع الزكاة فمانت قبل الأداء، واجتمع الدين والزكاة فى تركته ففيه ثلاثة أقوال: طهرهما أن الزكاة تقدم كما تقدم فى حال الحياة ثم يصرف الباقى إلى الغرماء، والثانى: يقدم دين الأدمى كما يقدم القصاص على حد السرقة، والثالث: يستويان فيوزع عليها، وقيل تقدم الزكاة المتعلقة بالعين قطعا، والقول فى اجتماع الكفارات وغيرها فيما يسترسل فى الذمة مع حقوق الأدمين، وقد تكون الزكاة من هذا القبيل بأن يتلف ماله بعد الوجوب والامكان ثم يموت وله مال فإن الزكاة هنا متعلقة بالزمة». انظر: روضة الطالبين (٢/٢٠٠).

(٦) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٤/١٩).

والفرق أن المغلب فى الجزية حق الآدمى فإنها أجرة الدار. ولهذا لو مات فى أثناء السنة وجب القسط بخلاف الزكاة[(١)]، والزكاة الواجبة فى المرهون مقدمة على حق المرتهن[(٢)].

* * *

تعارض السنتين

إن كانا فى نفس العبادة لم يكن، لإحداهما مزية على الأخرى.

وإن كانت إحداهما فى نفس العبادة، والأخرى فى محلها، قدمت المتعلقة بنفس العبادة كالصلاة جماعة فى البيت أفضل من الانفراد فى المسجد، لأن فضيلة الجماعة فى نفس الصلاة[(٣)].

ومنه: القرب من البيت للطائف فضيلة فى محل العبادة والرمل فى نفسها، فإذا حصل زحام تباعد من البيت ورمل، ولو ترك الرمل فى الثلاثة الأول، لا يستحب له أن يأتى به فى الأربعة الأخيرة، لأن المشى فيها سنة، وذلك يؤدى إلى تركها، ولا يشرع ترك سنة فى عبادة، لأجل الإتيان بمثلها، ووجهه أن السنتين هنا فى نفس العبادة، فلم يكن، لإحداهما مزية على الأخرى بخلاف ما تقدم[(٤)].

ويستثنى من هذه القاعدة ما لو كان بحيث لو قصد الصف الأول لفاتته الركعة، قال النووى فى شرح المهذب: الذى أراه تحصيل الصف الأول إلا فى الركعة الأخيرة[(٥)].

* * *

تعارض فضيلتين يقدم أفضلهما

لو تعارض البكور إلى الجمعة، بل غسل وتأخيره مع الغسل، فالظاهر أن تحصيل

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠/٣١٢).

(٢) فيه أقوال: «قال فى الروضة: لو رهن ماشية أو غيرها من أموال الزكاة فالمذهب وبه قطع الجمهور وجوب الزكاة، وقيل وجهان بناء على المغضوب لامتناع التصرق والذى قاله الجمهور تفريع على أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة وهو الراجح». انظر: روضة الطالبين (٢/١٩٣، ١٩٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٣٤١).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٨٧).

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب (٢/٢٦٣).

الغسل أولى للخلاف فى وجوبه[١].

ولو تعارض فضيلة سماع القرآن من الإمام، مع قلة الجماعة وعدم سماعه مع كثرتها، فالظاهر تفضيل الأول.

ولو خاف فوت الجماعة، لو أتى بسنن الوضوء، ففى باب التيمم من الروضة عن صاحب الفروع أن الجماعة أولى، قال: وفيه نظر والأول أوجه للخلاف فى وجوبها هذا فى الجماعة[٢].

أما الجمعة فينبغى إذا خاف فوت الركعة الثانية فيجب عليه ليدرك الجمعة، ولو ملك عقارا وأراد عنه فهل الأولى الصدقة به حالا أم وقفه؟ قال ابن عبد السلام: إن كان ذلك فى وقت شدة وحاجة فتعجيل الصدقة أفضل، وإن لم يكن كذلك ففه وقفه، ولعل الوقف ألى لكثرة جدواه.

وأطلق ابن الرفعة فى باب الوكالة من المطلب، تقديم صدقة التطوع به لما فيه من قطع حظ النفس فى الحال بخلاف الوقف.

ولو كان مسافرا ورأى جماعة يصلون إتماما، فهل الفضل فى حقه أن يصلى قصرا منفردًا أو يصلى جماعة إتمام؟ قال بعضهم: الأفضل أن يصلى جماعة إتماما فإن النووى: نقل فى شرح المهذب أن أبا حنيفة رحمه الله: إنما يوجب القصر إذا لم يقتد بمتم فإن اقتدى به جاز له الإتمام والقصر[٣].

ولو تيقن فاقد الماء وجوده آخر الوقت فإنتظاره أفضل فى الأصح والثانى لا، والقائلون بهذا قالوا: الصلاة بالوضوء ليس أفضل منها بالتيمم والأول أصح[٤].

ويستثنى منه مالو كان إذا قدمها بالتيمم صلاها جماعة، وإذا أخرها صلاها بالوضوء منفردا فالتقديم أفضل[٥].

---

(١) قال الشيخ الرملى: «ولو تعارض هو والتبكير قدما فى وجوبه ولتعدى أثره إلى الغير بخلاف التبكير». انظر: نهاية المحتاج (٣٢٩/٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩٥/١).

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (٣٥٧/٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٩٥/١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٩٥/١).

ولو تعارض الإتيان بالصلاة فى أول الوقت منفراد، والإتيان بها آخره جماعة فقال أكثر العراقيين بأفضلية التأخير، وأكثر المراوزة بأفضلية التقديم، وتوسط النووى وقال: ينبغى إن فحش التأخير فالتقديم أفضل، وإن خف فالتأخير أفضل، أما لو تحققها آخر الوقت فالتأخير أفضل قطعا، لأنها فرض كفاية أو فيخرج من الخلاف، كذا قاله فى شرح المهذب[١]، ويجرى الخلاف فى المريض العاجز عن القيام إذا رجا القدرة عليه آخر الوقت، والعارى إذا رجا السترة آخر الوقت[٢].

* * *

تعارض الواجب والمسنون

وضاق الوقت عن المسنون يترك تقديما لمصلحة الواجب، كما إذا ضاق الوقت عن تكرار الأعضاء فى الطهارة[٣].

وكذا إذا كان معه ما يكفى لوضوئه وهو عطشان، ولو أكمل الوضوء لم يفضل للعطش شىء، ولو اقتصر على الواجب لفضل للعطش[٤] قاله الجيلى.

وفى فتاوى البغوى: لو غسل كل عضو ثلاثا لم يكفه الماء، قال: يجب أن يغسل مرة فلو غسل ثلاثا فلم يكف يتيمم ولا يعيد، لأنه أتلفه فى غرض التثليث فأشبه ما لو أمكن المريض الصلاة قائما بالفاتحة فصلى قاعدا بالسورة، فإنه يجوز انتهى.

وعلى قياسه لو وجد بعض ما يكفيه وقلنا يجب استعماله حرم عليه استعمله فى شىء من السنن كالتثليث.

ولو ضاق الوقت عن سنن الصلاة، وكان بحيث لو أتى بها لأدرك الركعة، ولو اقتصر على الواجب لأوقع الجميع فى الوقت، قال: فأما السنن التى يجبر بالسجود فلا شك فى الإتيان بها وأما غيرها فالظاهر الإتيان بها أيضا[٥]، لأن الصديق رضى الله عنه كان يطول القراءة فى الصبح حتى تطلع الشمس، قال: ويحتمل أن لا يأتى بها إذا أدرك ركعة، ونص الشافعى رحمه الله، فى الإملاء على أن الملبى يرد السلام فى تلبيته، لأنه فرض، والتلبية سنة حكاه فى التهذيب.

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب (٢/٢٦٢، ٢٦٣).

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (٢/٢٦٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٩٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/١٠٠).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٤/٢١٢).

تنبيه: الخلاف فى التفضيل بين العمرة والطواف لا يتحقق، فإن التفضيل لا يكون إلا بين متجانسين كمندوبين، ولا تفضيل بين واجب ومندوب، ولا شك أن العمرة لا تقع إلا فرض كفاية لمن اعتمروا، فرض عين لمن لم يعتمر، والكلام فى الطواف المسنون فكيف جاء الخلاف، وجوابه أن إحياء الكعبة بالعمرة ليس من فروض الكفايات[١].

* * *

تعارض المسنون والممنوع

كالمحرم يتوضأ هل يأتى بسنة تخليل الشعر؟ قال المتولى فى كتاب الحج: لا يخلل لأنه يؤدى إلى تساقط الشعر[٢] والظاهر كراهته كما تكره المبالغة فى المضمضة والاستنشاق للصائم[٣].

* * *

تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع

ولهذا لو ارتدت قبل الدخول سقط مهرها، ولو ارتد الزوج سقط الشطر ولو، ارتدا معا يشطر على الأصح، كما قاله الرافعى فى باب المتعة[٤].

ومنها: لو استشهد الجنب فالأصح أنه لا يغسل[٥].

ومنها: لو استاك الصائم لتغير فمه بسبب غير الصوم، قال المحب الطبرى: لا يكره والقياس من هذه القاعدة الكراهة.

* * *

قاعدة تعارض المفسدتين

قال ابن عبد السلام: أجمعوا على دفع العظمى فى ارتكاب الدنيا، وقال ابن دقيق العيد: من القواعد الكلية أن تدرأ أعظم المفسدتين باحتمال أيسرهما إذا تعين وقوع

---

(١) قال الشمس الرملى: «قاله المتولى، وجزم به ابن المقرى فى روضه وهو المعتمد». انظر: نهاية المحتاج (١/١٩٢).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (١/١٨٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٢٢).

(٤) والثانى: يغسل لأن الشهادة إنما تؤثر فى غسل وجب بالموت، وهذا الغسل كان واجبًا قبله. مغنى المحتاج (١/٣٥١).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (١/٥٦).

إحداهما، بدليل حديث بول الأعرابى فى المسجد، لما نهاهم النبى ﷺ عن زجره[1]، وأن يحصل اعظم المصلحتين بترك أخفهما إذا تعين عدم إحداهما قال: وأعنى أن ذلك فى الجملة لا أنه عام مطلقا حيث كان ووجد.

وقال الشيخ عز الدين: إذا تعارض مصلحتان حصلت العليا منهما بتفويت الدنيا.

قال: ويشكل عليه أن الأمة أجمعت على أن العدو لو نزل على بلد، وخاف أهله من استئصالهم، وسألهم أن يعطوه مال فلان أو امرأته، أن ذلك حرام عليهم مع أن مفسدة الواحد أخف من مفسدة الجميع.

وأجاب: بأن مصالح الشرع ومفاسده منها ما علم، كسائر الأحكام المعللة، ومنها مالم يعلم، كالتعبدات فهذا مما لم يعلم مفسدته، ويجب أن نعتقد أن المفسدة التى قدمت على الاستئصال، غير مفسدة مال فلان وزوجته، عملا بعادة الله تعالى مع عباده فى شرائعه، نعم لو كان هذا الحكم ثبت بإلاجتهاد كان مشكلا، لأن إلاجتهاد يعتمد المفاسد المعلومة دون المجهولة.

ومن فروعه: مالو وجد مضطر ميتة وطعام غائب، والأصح أنه يأكل الميتة ويدع الطعام لأن إباحة الميتة بالنص، وطعام الغير بإلاجتهاد[2].

ولو اضطر المحرم ولم يجد إلا صيدا، فقيل: يأكل الصيد لغلظ تحريم الميتة، والأصح يأكل الميتة، لأنه فى الصيد يرتكب محظورين، وهما القتل والأكل[3].

ومنها: الخلع فى الحيض يجوز، لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها[4].

---

(١) أخرجه البخارى فى الوضوء (١/٣٨٦) ح (٢٢٠)، ومسلم فى الطهارة (١/٢٣٦) ح (٩٨، ٩٩/٢٨٤)، وأبو داود فى الطهارة (١/١٠٢) ح (٣٨١)، والإمام أحمد فى مسنده (٢/٣٧٨) ح (٧٨١٨).

(٢) والثانى: يأكل الطعام، الثالث: يتخير بينهما وأشار الإمام إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فى اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمى. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٩).

(٣) وفى قول الصيد وفى قول أو وجه يتخير وقيل: يأكل الميتة قطعًا. انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٩).

(٤) لحاجتها إلى خلاصها بالمفارقة، حيث افتدى بالمال، وقد قال تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ ويكون سنيا ولإطلاق إذنه لثابت بن قيس فى الخلع على مال من غير إستفصال عن حال زوجته. انظر: نهاية المحتاج (٧/٤).

ومنها: إذا ألقى فى السفينة نار، واستوى الأمران فى الهلاك، أى المقام فى النار وإلقاء النفس فى الماء، فهل يجوز إلقاء النفس أو يلزمه المقام؟ وجهان: أصحهما الأول.

* * *

تعارض الموجب والمسقط يغلب المسقط

كما لو جرحه جرحين عمدا وخطأ ومات لا قصاص.

ولو جرح مسلم مسلما ثم ارتد المجروح، ثم أسلم ومات لا قصاص، لتخلل حالة تمنع من القصاص، فكان شبهة فى إسقاطه[١].

ولو تولد بين ما فيه زكاة كالغنم، ومالا زكاة فيه كالظباء فلا زكاة فيه، وكذا المتولد بين سائمة ومعلوفة[٢].

ولو قذف المبعض غيره فإنه يحد أربعين[٣]، وكذلك إذا زنى يحد حد الرقيق[٤] نعم الصيد المتولد بين المأكول وما لا يأكل حرام، وإذا قتله المحرم فعليه جزاؤه، لأن الإحرام مبنى على التغليظ[٥]، وكذا المتولد بين الكلب وغيره يوجب التعفير، لأن النجاسة مبنية على[٦] الإحتياط، أما تولد الفعل بين مضمون وغير مضمون، كما إذا أوجبنا الضمان بالختان فى الحر والبرد، فالواجب جميع الضمان للتعدى أم نصفه، لأن الختان واجب والهلاك حصل بين مستحق وغيره؟ وجهان أصحهما الثانى[٧].

ومنها: إذا ضربه فى الحد فإنهر دمه، فلا ضمان عليه، لأنه قديكون ذلك من رقة جلده فإن عاد وضربه فى موضع إنهار الدم، ففى الضمان وجهان، فإن أوجبناه ففى قدره وجهان، إحداهما جميع الدية، والثانى نصفها، قاله فى الذخائر.

ولو ضرب شارب أكثر من أربعين فمات، وجب قسطه بالعدد، وفى قول: نصف

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٦٩/٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٩٠/٢).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٤٣٦/٧).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٤٣١/٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٤٦/٣).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (١٠٦/١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١٠١/١٠)، (١٨٢/١٠).

دية(١) ويجريان فى قاذف جلد إحدى وثمانين(٢).

ولو اشترك حلال ومحرم فى جرح صيد، ومات بهما، لزم المحرم نصف الجزاء، ولا شىء على الحلال(٣).

* * *

تعارض الخصال

إذا اجتمع فى الصلاة حر غير فقيه وعبد فقيه، فالأصح تقديم الحر، وقيل: الرقيق(٤)، ومال الإمام، والغزالى إلى التسوية، وقالوا فى خصال الكفاءة: إن النقيصة لا تجبرها الفضيلة، ولا يقابل بعضها ببعض، فلا تزوج سليمة من العيوب دنيئة بمعيب نسيب(٥).

ولو قتل عبد مسلم حرا ذميا، أو العكس، فالأصح القصاص(٦).

* * *

تعاطى العقود الفاسدة

وفيه نظران:

إحداهما: إن تعاطاها، مع الجهل بالتحريم كان له حرمة، وإن كان مع العلم بالتحريم فلا أثر له.

ولو رهن منه على أنه إذا حل الأجل فهو مبيع منه، فالبيع والرهن فاسدان(٧) فلو كان لأرضل فغرس فيها المرتهن، أو بنى قبل حلول وقت البيع قلع مجانا(٨).

---

(١) وبحث البلقينى أن محل ذلك إن ضربه الزائد وبقى ألم الأول ولا ضمن دبته كلها قطعا. انظر: نهاية المحتاج (٣٢/٨).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٣٢/٨).

(٣) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (١٦٣/٣).

(٤) وقال الشمس الرملى: «وفى المجموع استواء قن فقيه وحر غير فقيه، وحمله السبكى على قن أفقه، وحر فقيه لأن مقابلة الحرية بزيادة الفقه لا بعد فيها بخلاف مقابلتها بأصل الفقه فهو أولى منها لتوقف صحة الصلاة عليه دونها» انظر: نهاية المحتاج (١٨١/٢).

(٥) ذكره بنصه صاحب مغنى المحتاج (١٦٨/٣).

(٦) قطع الرافعى فى الروضة القول بأنه لا قصاص. انظر: روضة الطالبين (١٥١/٩).

(٧) انظر: نهاية المحتاج (٢٦٩/٤).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٨٠/٤).

وكذلك لو غرس بعده وهو عالم بفساد البيع، بخلاف مالو كان جاهلا به جزم الرافعى، وحكاه الإمام عن النص، وأشار إلى احتمال بخلافه، لأن البائع سلطة، ويقرب منه مالو باعه أرضا بيعا فاسدا، ثم غرسها المشترى مع علمهما بفساد البيع، فهل يقلع مجانا أو لا؟ لأن البائع سلطه على إلانتفاع؟ قال ابن أبى الدم: لانقل عندى فى هذه المسألة.

قلت: تعلم مما قبلها وفى الحلية: غرس فى الأرض المبيعة بيعا فاسدا، أو بنى لم يكن للبائع قلع الغراس والبناء إلا بشرط ضمان النقص، وله أن يبذل القيمة ويتملكها عليه، وقال أبو حنيفة رحمه الله: ليس له استرجاع الأرض ولا أخذ قيمتها[(١)]، وكان أبو يوسف، ومحمد رحمهما الله ينقض البناء، ويقلع الغراس، ويرد الأرض على البائع[(٢)]، قال الشاشى: وهذا أشبه بمذهبنا والأول حكاه فى الحاوى.

ومثله: لو نكح السفيه بغير إذا الولى، لايجب المهر، كما لو بيع منه شىء فأتلفه، واستشكله الرافعى من جهة أن المهر حق للزوجة، وقد تزوج ولا شعور لها بحال الزوج، فكيف يبطل حقها[(٣)]، وهذا بناه على تصوير المسألة بأعم من علمها بحاله أم لا، وفيه خلاف تعرض له الماوردى[(٤)].

النظر الثانى: فى كون الإقدام على العقد الفاسد حراما؟ أم لا[(٥)] ليس مشهورا فى النقل، وكان الشيخ أبو محمد بن عبد السلام يبحث فيه وتلقاه أصحابه عنه، وذكر ابن الرفعة فى حاشية المطلب، أنه سمع من الفقيه جمال الدين الوجيزى حكاية وجهين فيه، وكلام الشافعى فى مواضع من الأم يقتضى التحريم، وفى التنبيه يحرم على المحرم أن يزوج غيره، فإن فعل فالعقد باطل[(٦)].

وقال ابن الرفعة: ما كان من العقد منهيا عنه فالإقدام عليه حرام، وما كان فساده بإلاجتهاد فقد يقال ليس بحرام، وإن كان المقدم عليه يرى فساده، والأغرب فى هذه

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى (٥٨/٣).

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى (٥٨/٣).

(٣) والثانى يجب مهر المثل، والثالث يجب أقل ما يتمول. انظر: روضة الطالبين (٩٩/٧).

(٤) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٧١/٩).

(٥) جزم السيوطى بأنه حرام، وقال: «كما يؤخذ من كلام الأصحاب فى عدة موضع». انظر: الأشباه والنظائر (٢٨٧/١).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٦٧/٧).

المسألة ما قاله الغزالى أنه إن قصد تحقيق المعنى الشرعى فهو حرام، ولا فرق بين ما كان بالإجتهاد وغيره، وإن قصد إجرتاء اللفظ من غير تحقيق معناه فهذا لغو، وليس بعقد ومع ذلك، فإن كان له محمل من ملاعنة الزوجة ونحوه، كما قاله الرافعى فى قوله لزوجته بعتك نفسك فلا يحرم، وإلا حرم إذ لا محمل له غير المعنى الشرعى، أو الملاعنة، وكلاهما حرام، وقد يجوز الإقدام على العقد الفاسد للضرورة، كالمضطر يشترى الطعام بزيادة على ثمن المثل، فالأقيس فى الرافعى أنه يلزمه المسمى، لأنه التزمه بعقد لازم، وقيل: لا يلزمه إلا ثمن المثل، لأنه كالمكره[1]، قال الأصحاب: وينبغى للمضطر أن يحتال فى أخذه منه ببيع فاسد، لكون الواجب القيمة قطعا[2]، وكذلك العقد الذى يختبر به رشد الصبى، فقد قيل يشترى الولى شيئا ثم يدفعه إلى آخر ثم يأمر الطفل بشرائه منه[3].

* * *

تعدى محل الحق إلى غيره هل يبطل به المستحق أو يبقى وإنما يبطل الزائد خاصة

من فروعه: لو زفت إليه الثيب وأرادت أن يقيم عندها سبعا، ويقضى لبقية ضرائرها، فهل يقضى لهن السبع أو الزائد على الثلاث، لو اقتصر عليها لم يقض لهن شيئا؟ فيه وجهان، أصحهما الأول، لأنها لما تعدت محل حقها سقط أصل حقها[4].

ومنها: لو كسر عضدا قطعه من المرافق وأخذ حكومة العضد، لأن كسر العظام لا قصاص فيه، فلو أراد القطع من الكف فهل له طلب أرش الساعد؟ وجهان[5] حكاهما القفال مشبها لهما بالصورة السابقة، قال الإمام: ومسألة الزفاف شاذة عن القياس، والمعول فيها على الخبر، فلا ينبغى أن يستشهد بها، وأما إذا لم نجوز له القطع، فقد قال الأصحاب: أنه إذا قطع منه فليس بها، وأما إذا لم نجوز له القطع من الكوع، فقد قال الأصحاب أنه إذا قطع منه فليس له حكومة الساعد تغليظا عليه، إذا فعل ماليس له أن يفعله[6].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٢٨٧).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٤/٣٦٣).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٣/٢٥٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٩/ ١٨٤، ١٨٥).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٩/١٨٤).

ومنها: الظافر بماله، إذا لم يمكنه أخذ حقه، إلا بزيادة كسبية تزيد على حقه لا يضمن الزائد فى الأصح، كما لا يضمن كسر الباب وثقب الجدار، إذا لم يصل إلا بهما[١].

ومنها: إذا صلى إلى غير سترة أو إليها وتباعد عنها أكثر من ثلاثة أذرع، فليس له دفع المار فى الأصح لتقصيره، ولكن لا يجوز المرور فى هذه الحالة فى حريم المصلى، وهو قدر مكان السجود[٢]، قاله صاحب الكافى، وقياسه جواز الدفع.

ومنها: أيام منى، إذا قلنا كلها عبادة واحدة فتركها لزمها دم واحد، وما تركه فى يوم يقضى من الغد، وإن قلنا كل يوم عبادة فعلية ثلاثة دماء، وليس له أن يقول كان لى أن أترك من يوم النفر الثانى، فلا يلزمنى إلا دمان، لأن هذا إنما يكون له إذا أتى به فى يومين[٣]، كما لو ترك الصلاة فى السفر، ثم قال: أنا أقضيها قصرًا ليس له ذلك[٤].

ومنها: لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل بقدر لا يتغابن بمثله، ضمن لتفريطه، وهل يضمن الزائد على ما لا يتغابن أو الجميع؟ وجهان، أى هل يجعل العدوان مقصورًا على ذلك القدر أو عاما فى كل جزء، والأصح الثانى، ثم إذا قبض الوكيل ثدالثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل واسترد المغروم[٥].

ومثله: إذا أكل المضحى جميع الأضحية المتطوع بها، فهل يلزمه ما يقع عليه الاسم أو الجميع أو ما يستحب التصديق به؟ أوجه أصحها الأول[٦].

ومنها: لو وكله بطلاق واحدة فطلق ثنتين أو ثلاثًا وقعت واحدة، جزم بع الرافعى فى آخر باب التفويض فى الطلاق[٧]، وحكى فى زيادة الروضة وجهًا أنه لا يقع شىء

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٢/٤، ٥).

(٢) قال النووى فى الزوائد: «ولا يحرم حينئذ المرور بين يديه لكن الاولى تركه». انظر: روضة الطالبين (١/٢٩٥).

(٣) انظر: نخهاية المحتاج (٣/٣١٥).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (١/٢٦٣).

(٥) انظر: حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٥/٣٢).

(٦) قال الرافعى: «لزمه ضمان ما نطلق عليه الاسم وفى قول أو وجه: يضمن القدر الذى يستحب أن لا ينقص فى التصديق عنه». انظر: روضة الطالبين(٣/٢٢٣).

(٧) انظر: روضة الطالبين(٨/٥٢).

ما لأنه متصرف بالإذن ولم يؤذن فى هذا[١].

ومنها: وهو خلاف ما سبق أن الساعى، إذا طلب فوق الواجب، فقيل: لا يعطى شيئًا، لأنه صار متعديًا بطلب الزيادة، والأصح لا يعطى الزيادة خاصة، بناء على أن الوكيل لا تبطل وكالته بطلب الزائدة، والوالى لا ينعزل بالجور[٢].

ومنها: يحرم على القاضى قبول الهدية، فلو كانت له عادة قبل القضاء بذلك جاز، إذا لم يكن له خصومة، فلو زاد على قدر العادة، امتنع الزائد، فإن كانت لا تتميز لم يجز قبول الجميع، وإن كانت تتميز وجب رد الزيادة، لأنها حدثت بالولاية، ولا يجب رد المعتاد، قاله صاحب الذخائر، وهو حسن، وكان ينبغى جريان وجه بامتناع الجميع تخريجًا من نظائر هذه القاعدة.

ومنها: إذا ادعى على الخارص غلطًا بأكثر مما يتفاوت بين المكيلين، هل يقبل بالنسبة إلى ما يتفاوت بين الكيل الذى يقبل عند الإقتصار عليه؟ وجهان: أصحهما: نعم[٣] كما، لزو ادعت المعتدة انقضاء عدتها قبل زمن الإمكان ورددناها، وأصرت على الدعوى حتى جاء زمن الإمكان، فإنا نحكم بانقضائها لأوله.

ومنها: لو صب الماء فى الوقت وصلى بالتيمم، فلا إعادة فى الأصح، وقيل: يجب لعصيانه، وعلى هذا فهل يقضى صلاة واحدة، لأنه بالنسبة إلى الثانية كمن صب الفماء قبل الوقت، أو كل صلاة صلاها بتالتيمم ما لم يحدث، أو مما يغلب على الظن إمكان بوضوء واحد؟ فيه أوجه[٤].

ومنها: لو أراد النظر لتحمل الشهادة على الأجنبية، وهو يعلم أن المعرفة لا تحصل بنظرة واحدة، بل لابد من نظرتين، واقتصر على واحدة فهل يفسق، لأن التحمل لا يقع بها، فصارت لغرض فاسد أولا، لأن لهذه الرؤوية تأثيرًا فى شهادته؟ [٥] فيه احتمالان للروياني ذكرهما فى البحر قبيل الشهادات.

---

(١) حكاه عن صاحب المهذب (٥٢/٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين(١٤٣/١١).

(٣) ومقابل الصح لايحط لاحتمال أن النقصان فى كليه ولعه يوفى لو كاله ثانيا. انظر: نهاية المحتاج (٨٣/٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين(٩٧/١).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (١٣٤/٣).

ومنها: لو أذن الولى للسفيه فى نكاح امرأة، ولم يعين مهرًا جاز له نكاحها بمهر المثل أو أقل، فإن زاد على مهر مثلها صح، وسقطت الزيادة، وقال ابن الصباغ إن القياس بطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل(١).

ومنها: لو احتاج إلى الضبة فضبب زائدًا على الحاجة، فهل يأثم على الجميع أو على الزائد؟ يتجه أن يخرج فيه خلاف من هذا الأصل(٢).

ومنها: إذا رفع الذمى بناءه على بناء المسلم، فهل يهدم ما حصلت به التعلية أو الجميع(٣).

ومنها: لو تعدت الخارج وجاوز الصفحة أو الحشفية تعين الماء قطعًا، لندوره سواء المجاوز وغيره، وقيل: هذا فى المجاوز، وأما غيره ففيه الخلاف حتى يجزى فيه الحجر على وجه(٤).

وعكس هذه القاعدة: قصد النقصان عما يستحقه هل يؤثر فى إلاستحقاق؟

من فروعه ما فى فتاوى البغوى أنه، لو نوى، أى غير دائم الحدث بوضوئه أن يصلى صلاة بعينها، ولا يصلى غيرها فثلاثة أوجه، وصحح الصحة، قال: أما إذا نوى رفع الحدث فى حق صلاة واحدة، ولا أرفع فى حق غيرها، لم يصح وضوؤه قولاً واحدًا، لأن ارتفاع الحدث لا يتجزأ، وإذا نفى بعضه نفى كله(٥).

* * *

التعديل فى البينة هل هو حق الله تعالى أو للمشهود عليه

ينبنى عليه ما إذا قال المشهود عليه هو عدل، هل يلزم الحاكم العمل بشهادته؟ وجهان مأخذهما ما ذكرنا. ولهذا الفرع أصل آخر وهو أن هذا القول من المشهود عليه، هل هو باب التعديل أو الإقرار بالعدالة؟ فإن كان تعديلاً لم يثبت بقول واحد، وإلا ثبت فى حقه(٦) وقضية هذا أنه لو تعدد المدعى عليهم يقبل قطعًا.

* * *

---

(١) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٧/٩٦).

(٢) انظر: نهاية المحتاج للشمسى الرملى (١/١٠٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين(١٠/٣٢٤). نهاية المحتاج (٨/١٠٠).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين(١/٤٩).

(٦) انظر: روضة الطالبين(١١/١٦٧).

التعريض

قال السكاكى فى المفتاح: نوع من الكناية يكون مسوقًا لموصوف غير مذكور، كما يقال فى عرض من يؤذى المؤمنين، المؤمن هو الذى يصلى ويزكى، ولا يؤذى أخاه المسلم، ويتوصل بذلك إلى نفى الإيمان عن المؤذى.

وقال فى الكشاف: الفرق بين الكناية والتعريض، أن الكناية أن يذكر الشىء بغير لفظه الموضوع له، والتعريض أن يذكر شيئًا يدل به على شىء لم يذكره، كما يقول المحتاج إليه: لأسلم عليك ولأنظ غلى وجهك الكريم، فكأنه إماله الكلام إلى غرض يدل على الغرض ويسمى التلويح، لأنه يلوح منه ما يريده.

واعلم أنه يؤثر عندنا فى الأحكام، إلا فى التعريض بالقذف كقوله يا بن الحلال، وأما أنا فلست بزان، فلا يوجب الحد عندنا، وإن نفاه[١]، خلافًا لمالك[٢].

قال ابن العربى: خالف فى ذلك الشافعى ولا عذر له، لأنه عربى فصيح، لم يخف عليه ما فى الكناية من الإبهام.

قلت: إجماع الصحابة بأن عمر رضى الله عنه كان لا يوجبه، ولم يخالف فيه، ولأن المقصود بهذا اللفظ فى حالة التاصم مع الغير، نسبة صاحبه إلى شىء وتزكيه نفسه لا قذف، وهو وإن فهم منه القذف فهو بطريق المفهوم، وهو لا يكون حجة فى كلام الآدميين، ولأنه لا إشعار للفظ به وإنما يظن من خارج والحدود يحتاط فيها، فلا يثبت موجبها إلا باللفظ، ولهذا تسقط بالشبة.

ومن فروعه: أن التعريض بالهجو، قال القاضى الحسين: لايكون هجوا، قال الرافعى: ويشبه أن يكون هجوا، كالصريح، وقد يزيد بعض التعريض على التصريح.

ومنه: تعريض أهل البغى بسب الإمام لا يقتضى التعزير فى الأصح. ومنها: قال

---

(١) لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوى ولا دلالة له هنا فى اللفظ ولا احتمال، وما يفهم منه مستدده قرائن الأحوال هذا هو الصح، وقيل: هو كتابة لحصول الفهم والأيذاء، وبه قال الشيخ أبو حامد، وجماعة وسواء عندنا حالة الغضب وغيرها. انظر: روضة الطالبين(٣١٣/٨).

(٢) قال القاضى عبد الوهاب فى العونة ردًا على أبى حنفية والشفاعى: «وليلنا أنه لفظ يفهم منه القذف كالصريح إن كابروا وقالوا لا يفهم ممنه القذف فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف فيه إذا فهم منه ما يفهم من الصريح فغذا أحالوا ذلك ارتفع الخلاى». المعونة للقاضى عبد الوهاب المالكى (١٤٠٧/٣).

الحليمى: كل ما حرم التصريح به لعينه فالتعريض به حرام أيضا، كالقذف والكفر، وما حل التصريح به أو حرم لا لعينه، بل لعارض فالتعريض به جائز كخطبة المعتدة(١).

ومنها: التعريض بالقتل لمن رددناه إلى الكفار، إذا شرط فى الهدنة(٢)، كقول عمر لأبى جندل حين رد لأبيه: إن دم أحدهم عند الله كدم الكلب. وليس لنا التصريح به بعينه.

ومنها: تعريض القاضى لمن أقر بعقوبة لله تعالى بالرجوع(٣)لقوله عليه السلام لما عز لعلك قبلت أو لمست(٤)، ولا يقول له ارجع بالتصريح، لأنه يكون أمرًا بالكذب.

وللتعريض قيود.

الأول: أن يكون المقر من أهل الجهل بالحد، مثل قر ب عهد بالإسلام فإن لم يكن، فلا تعريض، نص عليه الإمام الشافعى، وتابعوه وعجب من إسقاطه من الروضة مع تعرض الرافعىله(٥).

الثانى: أن لا يقر صريحا، فإن صرح لم يعرض له، لأنه يكون تكذيبا لنفسه، قاله القاضى الحسين فى باب الشهادة من تعليقه وفيه نظر.

الثالث: أن يثبت بإقراره، فلو ثبت عليه بالبينة لم يعرض له، لأنه تكذيب للشهود، قاله القتاضى الحسين أيضا.

ومنها: قال الإمام فى كتاب القاضى إلى القاضى: قال العرقيوان: لو شهد الشهاد بمجهول لا تقبل الشهادة بمثله، فالقاضى لا يرشده فالقاضى لا يرشده إلى الإعلام بالمسألة والبحث، فإن هذا تلقين الحجة، ولو نسب المدعى عليه بما يكاد أن يكون إقرارا، لم ينبهه القاضى، بل يتركه يسترسل، ثم يقضى بموجب قوله. والمدعى إذا ذكر دعوى مجهولة لا تصح، فهل له أن يستقصله حتى يأتى بها معلومة؟ وجهان: وظاهر النص: نعم، والفرق بينهما وبين الشهادة أن الدعوى ليست بحجة، فلا يضر الإرشاد فيها.

* * *

(١) نقله بنصه فى الأشباه والنظائر (٢/٣٠٦).

(٢) نقله الشمسى الرملى عن المصنف. انظر: نهاية المحتاج (٨/١١٠).

(٣) انظر: حاشية الشبرامسلى على نهاية المحتاج (٧/٤٣٠).

(٤) أخرجه البخارى فى الحدود (١٢/ ١٣٨)، ح (٦٨٢٤). والإمام أحمد فى مسنده (١/٣١٣)، ح (٢١٣٤).

(٥) لم يتعرض له فى موضعه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (١٠/٩٥، ٩٦).

تعلق الشيء بالشيء له مراتب

تعرض لها الإمام في كتاب النكاح

الأولى: وهي أعلاها، تعلق الدين بالرهن، فإن الوثائق تتأكد في العيان، ولهذا لا يصح رهن الديون، وانضم إلى ذلك قصد من عليه الدين في تحقيق التوثق من حيث إنشاء الرهن، فلما تأكدت الوثيقة امتنع تصرف الراهم في المرهون ما بقي من الدين شيء[١].

الثانية: تلي ما قبلها، تعلق الأرش برقبة العبد الجاني قبل فدائه[٢]، ولم يختلف قوله في امتناع بيع المرهون بغير إذن مرتهنه[٣].

ولو اجتمع في العبد الجاني حق الرهن وحق الجناية قدم حق الرهن[٤]، قلت: كذا، قال الإمام في الموضع المذكور، والمعروف أن المرهون إذا جنى يقدم حق المجني عليه، لأنه لا متعلق له سوى الرقبة، بخلاف الرهن فإن حقه ثابت في الذمة[٥]، وقالوا: إذا أدى بعض الدين المرتهن عليه لم ينفك شيء من الرهن[٦].

وذكر الغزالي في دوريات الوصايا أنه لو أدى بعض أرش الجناية انفك من العبد بقسطها في الأصح، فلينظر في الفرق بينهما.

الثالثة: تعلق مؤن النكاح بكسب العبد إذا أذن له سيده[٧] فيه وسبب تأخيرها عما قبلها أن الأكساب متوقعة وليست بناجزة حاصلة والوثائق يكتفي بشيء كائن، حاصل هذا ما ذكره الإمام.

ويلتحق به أخر:

أحدها: الدين يتعلق بالتركة تعلق المرهون نظرًا للميتع ومراعاة لبراءة ذمته، وفي قول

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٨٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٩/٣٦٢).

(٣) انظر: نهاية المحتاج للشمسي الرملي (٤/٢٦٩).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٤/٢٩٠).

(٥) انظر: حاشية الشبرامسلي على نهاية المحتاج (٤/٢٩٠).

(٦) قال الخطيب الشربيني: «بالاجماع كما نقله ابن المنذر». انظر: مغني المحتاج (٢/١٤١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٢٤).

كتعلق الأرش بالجانى لثبوته بغير رضاء المالك[١]، وقال الفورانى: هو كتعلق الغرماء بمال المفلس، واختاره صاحب المطلب، وعلى الأول فيستثنى لو أدى لوارثه قسط ما ورث انفك نصيبه[٢].

الثانية: تعلق الزكاة بالمال والصحيح أنه تعلق شركة، بمعنى أن الفقراء ينتقل إليهم مقدار الزكاة ويصيرون شركاء رب المال، وفى قول كالرهن، وفى قول كالجانى[٣]

قاعدة: من تصرف فى عين فيها علقة لغيره فله حالان:

الأول: أن تكون العلقة ناجزة مستقرة، قال الشيخ أبو حامد: أن ثبت باختياره لم ينفذ تصرفه قطعا إلا بإذن صاحب العلقة، كبيع المرهون[٤]، وكذا كل عين استحق حبسها لحق الحابس، كالقصار ونحوه[٥]، وإن ثبت بغير اختياره فقولان، أصحهما المنع أيضا، كبيع العبد الجانى جناية متعلقة برقبته[٦].

ومثله بيع الزكوى بعد الحول قبل إخراج الزكوة، وقلنا بالأصح إنه تعلق شركة، فالأظهر البطلان فى قدر الزكاة والصحة فى الباقى[٧].

والثانى: أن تكون العلقة منتظرة، فلا نظر إليها، بل ينفذ تصرفه نظرًا للحال، ومن ذلك تصرف الزوجة فى جميع الصداق صحيح قبل الدخول، مع تعرض نصفه للسقوط[٨]، وتصرف الولد فيما وهبه والده مع تمكنه بالرجوع[٩]، وتصرف المشترى فى الشقص صحيح مع تمكن الشفيع من نقضه، ولا يمتنع بيع الشقص الذى للشريك فيه حق الشفعة قبل استئذانه، وإن كان[١٠] حراما كذا قاله الفارقى فى فوائد المهذب لنهيه

---

(١) ذكرها الخطيب فى مغنى المحتاج (٢/١٤٤).

(٢) ذكره الخطيب الشربنى بنصه (٢/١٤٤).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٤١٩).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٢/١٤).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (٢/١٤).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (٢/١٤).

(٧) انظر: مغنى المحتاج (١/٤١٩).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٥٠).

(٩) انظر: مغنى المحتاج (٢/٤٠٢).

(١٠) جاء فى الروضة: «تصرفات المشترى فى الشقص من البيع والوقف وغيرها صحيحة لأنها فى ملكه، وقيل باطلة وهو شاذ فعلى الصحيح ينظر أن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة=

صلى عليه وسلم عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه ليأخذه أو يذر[١].

وقال ابن الرفعة: لم أظفر به عن أحد من أصحابنا والخبر لا محيص عنه.

قلت: وقريب من هذه مفارقة أحد المتبايعين الآخر فى المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر، اطلق ابن الصباغ أن العقد يلزم، وقال الرافعي: هذا إذا أمكنه متابعته فإن لم يتمكن ففى المهذب أنه يبطل خيار الهارب دون الآخر[٢]، وعلى الأول هل يعصى الهارب؟ نقل ابن التلمسانى أن بعض أصحابنا قال بعصيانه لإبطاله على صاحبه حقا لازما.

قلت: ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله»[٣]، لكن صح عن ابن عمر مع أنه رواى أصل حديث الخيار[٤]، لكن الأخذ بالزائد أولى، وإذا ثبت التحرم فى مسألة الشفعة السابقة مع أن حقه من الخذ لا يسقط بذلك فاولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية[٥].

قاعدة:

تعلق الدين بالعبد: إما أن يجب بغير رضا المستحق كأرش الجناية وبدل المتلف يتعلق برقبته، وإن أتلف شيئا لم يتعلق بكسبه فى الأصح[٦].

=كالوقف، زالهبة، والأجارة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة، وإن كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع ولا صداق فهو بالخيار بين أن ينقضه ويأخذ بالعقد الثانى». انظر: روضة الطالبين (٥/٩٦).

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٢/٥٦).

(٢) ذكر بنصه فى الروضة (٣/٤٤٣)، والشرح تالكبير بهامش مجموع شرح المهذب (٨/٣٠٧).

(٣) أخرجه أبو داود فى البيوع (٣/٢٧١)، ح (٣٤٥٦). والترمذى فى البيوع (٣/٥٤١)، ح (١٢٤٧)، وقال حديث حسن. والنسائى فى البيوع (٧/٢٢١)، باب/وجوب الخيار للمتباعين قبل افتراقهما بأبدافها (١١). والإمام أحمد فى مسنده (٢/٢٤٧ - ٢٤٨)، ح (٦٧٣٠)

(٤) أخرجه البخارى ف البيوع (٤/٣٨٢)، ح (٢١٠٧). ومسلم فى البيوع (٣/١١٦٣ - ١١٦٤)، ح (٤٥/١٥٣١). وأبو داود فى البيوع (٣/٢٧٠ - ٢٧١)، ح (٣٤٥٤). والنسائى فى البيوع (٧/٢١٨)، باب/ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه. والإمام مالك فى الموطأ (٢/٦٧١)، برقم (٧٩). والإمام أحمد فى مسنده (١/٦٩)، ح (٣٩٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٥/٩٦).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/٢٢٤).

وأما أن يجب برضا المستحق دون السيد كبدل المبيع والقرض، إذا أتلفهما وكالصداق، فلا يتعلق إلا بذمة العبد، ولا يطالب به، إلا إذا اعتق، ولو كوتب لم يطالب به على المذهب[١].

وإما أن يجب برضا السيد والمستحق، وهو قسمان: نكاح ومال، فما يلزمه من النكاح يتعلق بذمته وبجميع أكسابه[٢].

وما يلزمه من المال كدين المعاملة، والقرض، والضمان، يتعلق بذمته وكسبه دون رقبته، ولا يجتمع التعلق بالرقبة مع الذمة[٣].

ولهذا، لو أقر العبد بدين جناية كغضب، وصدقه السيد تعلق برقبته، فلو تبع فيه وبقيشيء من الدين، لا يتبع به، إذا عتق على الجديد[٤]. وإن شئت فقل جناية العبد على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يتعلق برقبته فى الأصح، وهو أن يثبت بتصديق السيد، أو بقيام بينة، أو يقر يوجب القصاص، فعفا المستحق على مال[٥].

ثانيها: ما يتعلق بذمته فى الأصح.

ومنه: الزكاة، إذا أتلفها المكاتب فهى تتعلق بذمته فى الأصح، وكذلك ديون المعاملة فى الكتابة، إذا عجزه السيد فإن صاحب التقريب حكى قولا أنها تتعلق برقبته[٦]، قال الإمام: هذا إن طرده فى العبد المأذون كان قريبا من خرق الإجماع، وإن لم يكن هو، وإن لم يطرده لزمه الفرق ولم نجده، قلت: له أن يفرق بأنه إنما استدان لتخليص الرقبة، فلما عجز انعكس عليه المقصود، ولا كذلك فى المأذون، كذلك المهر، حيث ثبت فى العيب والمغرور فإنه يتعلق بذمته فى الأصح[٧].

الثالث: ما سوى ذلك فيتعلق بالذمة.

* * *

(١) انظر: مغنى المحتاج (٢/١٠١)، الأشباه والنظائر (١/٢٣٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٣٢٠).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٣٠).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٣٠).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (١/٢٣٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٢/٢٦١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٧/١٨٨).

التعليق

اعلم أن التصرفات على أربعة أقسام:

فمنها ما يقبل الشرط والتعليق، ومنها ما لا يقبلهما، ومنها ما يقبل الشرط دون التعليق، ومنها بالعكس.

والفرق بين التعليق والشرط أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته، كإنْ وإذا، والشرط ما جزم فيه بالأصل، وشرط فيه أمر آخر[١].

الأول: ما يقبلهما كالعتق، بتعليقه، إذا جاء رأس الشهر[٢]، والشرط: اعتقتك على أن تخدمني شهرًا[٣]: نعم بيع العبد من نفسه ينبغي أن يمتنع تعليقه وإن قلنا بإعتاقه نظرا لمعنى المعاوضة[٤]، والكتابة تقبل الشرط، كإذا أديت إليّ كذا في نجمين فإنت حر[٥].

ومنها: التدبير والوصاية والولاية، قال الرافعي في الوصاية: لو قال: إذا مت أوصيت إليك، أو إذا مت ففلان وصي، أو فقد أوصيت إليه جاز[٦].

قال: وهي قريبة من التأمير، ومن المشهور أنه صلى الله عليه وسلم، قال: «إن أصيب زيد فجعفر، فإن أصيب فعبد الله بن رواحه»[٧]، هذا ظاهر المذهب وتحتمل الوصية التعليق، كما تحتمل الجهالات، وحكى فيها الحناطي خلاف تعليق الوكالة، وبالمنع أجاب الروياني وقال: لو قال إذا مت، فقد أوصيت إليك لا يجوز، بخلاف أوصيت إليك إذا مت. وقال في باب الوديعة: لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك، قال الروياني: يجوز، والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة[٨].

وأما تعلق الوصية، فنقل الرافعي في كتاب الوقف، عن القفال، ما يقتضي المنع، لأنه تعليق صغية، لكن جزم الصيمري في شرح الكفاية بالجواز، فقال: لو قال إن رزقت كذا

---

(١) نقله السيوطي عن البلقيني. انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٢/١٠٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٢/١٠٩).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٢/٢٠٩).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٦/٣١٤).

(٧) أخرجه البخاري في المغازي (٧/٥٨٣)ح (٤٢٦١).

(٨) ذكر بنصه في الروضة. انظر: روضة الطالبين (٦/٣١٤).

أو سلمت من سفرى أو صار كذا، فقد أوصيت بثلث مالى، جاز ذلك ويحمل على الشرط، وممن صرح بجواز تعليق الوصية إبن الرفعة فى المطلب، وجعل ابن عبد السلام من هذا القسم الصوم، قال: فإنه يقبل الشرط، بأن يشرع فيه ويقول إن أبطلته بطل، والتعليق عليه بأن يقول: إن فعلت كذا فعلى صوم[١].

قلت: وكأنه بناه على أنه يبطل بنية القطع، والأصح المنع، بخلاف الصلاة وقوله: إن فعلت كذا فعلى صوم ليس تعليقا للصوم، بل تعليقا للالزام، وليس من قضايا الصوم فى شىء: نعم يقبل المتعلق التعليق إذا استند إلى أصل، كقوله ليلة الثلاثين من رمضان: نويت صوم غد عن رمضان إن كان منه[٢] والحج يصح تعليقه كأن أحرم فلان فقد أحرمت[٣]، وشرطه أحرمت على أنى إذا مرضت فإنا حلال.

الثاني: ما لا يقبلهما كالإيمان بالله تعالى، والدخول فى الدين لا يقبل الشرط، فإذا قال: أسلمت على أن لى أن أشرب الخمر، أو أترك الصلاة سقط شرطه، ولا يقبل التعليق، فإذا قال: إن كنت فى هذه القضية كاذبا فإنا مسلم، فإذا كان كذلك لا يحصل له إسلام، لأن الدخول فى الدين يفيد الجزم بصحته والمعلق ليس بجازم[٤].

ومنه النكاح، لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك، أو زوجتك على أن تفعل لى كذا لم يصح[٥].

ومثله الرجعة[٦] والضمان.

ومنه الصلاة والطهارة[٧]، إلا فى المسافر المقتدى بمسافر لا يعلم نيته، فقال: إن قصر قصرت، وإلا أتممت لا يضر فى الأصح[٨].

---

(١) وذلك أيضا كأن يقول. إن قدم زيد فأنا صام. انظر: نهاية المحتاج (٨/٢٢٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٥٣).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤١).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٦).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٦).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٦).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٦).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١/٣٩١).

ومنه الصوم، لا يقبل شرطا ولا تعليقا، إلا فيما إذا أسند التعليق لأصل[١].

ومنه الفسوخ، لا يصح تعليقها، ولهذا قال الرافعى: التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا إنه فسخ، وكذا إلاختيار فى نكاح الزائدات[٢].

الثالث: ما لا يقبل التعليق ويقبل الشرط وهو البيع، فيصح البيع بشرط الخيار، أو على أنه يأيته برهن أو كفيل ونحوه[٣]، ولو قيل إن جاء فلان أو جاء الشهر فقد بعتك لا يصح، لأن نقل الملك يستدعى الجزم ولا جزم مع التعليق[٤] بخلاف قوله إن كان ملكى فقد بعتكه، لأن هذا الشرط أثبته الله فى أصل البيع، فيكون اشتراطه كتحصيل الحاصل، والمراد أنه يقبل الشرط فى الجملة، لا كل شرط[٥].

ومثله الإجارة والوقف والوكالة على الأصح[٦].

فإن قيل: فما الفرق بين الوقف، وبين العتق، وكل منهما إخراج، عن الملك بلا عوض.

قلنا: الفرق أن الوقف فيه شائبة المعاوضة، بدليل وجوب قبوله من المعين، وأنه ينتقل إليه على قول[٧].

ومنه الكتابة، لأنها من عقود المعاوضات[٨].

ومنه الإذن لا يجوز تعليقه، نحو بع هذا إن جاء زيد، وليس تعليقا للوكالة، بل للتصرف، ولو قال إن جاء زيد فقد أذنت لك لم يصح، لأنه تعليق[٩] وفى البيان قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم: لو قال له علىَّ ألف درهم، إذا جاء رأس الشهر كان اقرارا، ولو قال، إذا جاء رأس الشهر فله علىَّ ألف درهم لم يكن إقرارا.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٣٧٦/٢).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٦٦/٧).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٣٧٧/٢).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٣٧٧/٢).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٣٧٧/٢).
(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٣٧٧/٢).
(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢٧٧/٢).
(٨) انظر: روضة الطالبين (٢٠٩/١٢).
(٩) انظر: مغنى المحتاج (٢٢٣/٢).

والفرق أنه، إذا قال عليَّ ألف قد أقر بالألف، فقوله بعده إذا جاء رأس الشهر احتمل أن يكون أراد كمحلها، فلم يبطل إقراره بذلك، وإذا بدأ بالشرط لم يقر بالحق، وإنما علقه بالشرط، فلم يكن إقرارًا[١]، قال القاضى أبو الطيب: فى ذلك نظر، ولا فرق بين تقديم الشرط وتأخيره، وقال فى موضع آخر: لو قال له عليَّ ألف إذا قدم الحاج لم يكن إقرارا، لأن الإقرارا إخبار عن حق سابق، فلم يجز تعليقه على الشرط، وإن قال لك عليَّ ألف إن شئت، لم يكن إقرارًا، لأن مالا يلزم يصير واجبا عليه لوجوده الشرط[٢]، وان قال لك على ألف أن قبلت اقرارى، قال ابن الصباغ: عندى لا يكون إقرارا، ولو قال بعتك هذا بألف ان شئت أو قبلت، فقال قبلت أو شئت كان بيعا[٣]، والفرق أن الإيجاب فى البيع يقع متعلقا بالقبول، فإذا لم يقبل لم يصح، فجاز تعليقه عليه والإقرار لا يتعلق بالقبول، وإنما هو إخبار عن حق سابق، فلم يصح تعليقه لوجوبه قبل الشرط.

الرابع: ما يقبل التعليق على الشرط ولا يقبل الشرط، وهو الطلاق، والإيلاء، والظهار. وكذا الخلع إن جعلناه طلاقًا[٤]. فتعليق الطلاق إن دخلت الدار فإنت طالق، يتوقف على وجود الشرط[٥]، ولو قال طلقتك بشرط أن تخدمينى شهرا، لم يلزم الشرط.

ومثله ابن عبد السلام بأنت طالق على أن لى عليك كذا، فإنه يقع عليه الطلاق رجعيا، ولا يلزمها شيء، وهذا رأى الغزالى، لكن المذهب المنصوص، أنها إذا قبلت بانت ووجب المال، ووجه الغزالى رايه، بأن الصيغة صيغة شرط والطلاق لا يقبل الشرط، وقد أشكل هذا الكلام على جماعة، لعدم معرفتهم بالفرق بين الشرط والتعليق، وبقاعدة أن الطلاق لا يقبل الإيقاع بالشرط، وإن قبل الوقوع بالشرط، وقد أشار إليها الغزالى فى كتاب الخلع، فقال ابن الرفعة: ومعناه لا يقبل الشرط فى الإيقاع، وإن قبله فى الوقوع والفرق بينهما يتضح بمثال، فإنه لو قال أنت طالق بشرط أن لا تدخلى الدار أو على لا تدخلى وقع فى الحال، وإن لم يوجد ذلك، ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار لم تطلق حتى[٦] تدخل، انتهى.

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٥٥).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٥٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٢٧٧).

(٥) انظر: نهاية المحتاج (٧/١٨).

(٦) انظر: مغنى المحتاج (٣/٣١٨).

وحاصل قوله الشرط فى الطلاق يلغو، لأنه بعد وقوعه، لا يقف على شرط، لأن وقوفه عن الوقوع مع وقوعه محال[١].

وقد يقال: قوله أنت طالق إن دخلت الدار جملتا شرط فى حكم كلام واحد لا يتم إلا بهما، فلا يقع الطلاق حتى تدخل الدار، وأما قوله أنت طالق بشرط أن لا تدخلى الدار فهذا شرط، لغوى لا صناعى.

ولهذا لو قال: بعت ولى الخيار ثلاثا، صح من غير لفظ الشرط، فإن، لفظ فإنت طالق، هنا كلام مستقل واقع لا ارتباط له بما بعده لفظًا، كما تقدم، ولامعنى، لأن شرط منع الوقوع، لا يدخل على الواقع[٢].

والحاصل أن الشرط قسمان التزامى وتعليقى:

فأما الالتزامى، كطلقتك على أن لى عليك ألفا، فليس الشرط بصريح التزام بل هو كناية عند الغزالى، وقال الجمهور: صريح[٣].

وأما التعليقى، كما لو قال: إن أعطيتنى ألفا، فإنه صريح فى الالتزام بلا خلاف[٤].

ضابط:

ماكان تمليكا محضا، لا يدخل التعليق، فيه قطعا كالبيع[٥] لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[٦]، ولا يتحقق طيب النفس عند الشرط، وما كان حلاً محضا يدخله التعليق قطعا كالعتق[٧].

وبين المرتبتين مراتب يجرى فيها الخلاف، كالفسخ، والابراء، لأنهما يشبهان التمليك وكذلك الوقف وفيه شبه يسير بالعتق فجرى فيه وجه ضعيف[٨].

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٣/٣١٨).
(٢) انظر: روضة الطالبين (٨/١١٥).
(٣) انظر: مغنى المحتاج (٣/٢٦٩).
(٤) انظر: مغنى المحتاج (٣/٢٦٩).
(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٧).
(٦) أخرجه الدارقطنى فى سننه (٢٦١٣).
(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٧).
(٨) ذكره بنصه فى الأشباه والنظائر (٢/٣٧٧).

وأما التعليق فى الجعالة والخلع ونحوهما، فلأنه يشبه النذر، وإن ترتب عليه ملك، وفى الخلع معنى المعاوضة ومعنى الطلاق[١].

فائدتان:

الأولى: لنا شىء على أحد الوجهين لا يقبل إلا التعليق دون التنجيز، وهو نذر التبرر لو قال إن شفى الله مريضى على كذا صح قطعا، ولو التزمه ابتداء وجهان[٢].

الثانية: الأصل أن ما قبل التعليق لا فرق فيه بين التعليق بالماضى والمستقبل إلا فى مسألة، وهى إذا قال: إن كان زيد محرما فقد أحرمت، فإنه يتبعه فى الإحرام، ولو علق بمستقبل فقال: إذا أحرم أحرمت فإنه لا يصح[٣] كما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فإنا محرم لا يصير محرما بمجيئه، لأن العبادات لا تعلق بالأخطار، قاله البغوى وغيره، ونقل صاحب المعتمد، فى صحة الإحرام المعلق بطلوع الشمس ونحوه وجهين، قال الرافعى: وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير تجويز هذا، لأن التعليق موجود فى الحالين إلا أن هذا تعليق بمستقبل وذلك تعليق بماضى، وما يقبل التعليق من العقود يقبلها جميعا[٤].

قلت: لم يجوزوا تعليق أصل الإحرام، والصورة المذكورة أصل الإحرام انعقد فى الحال وإنما علق صفته على شرط يوجد فى ثانى الحال فلم يضره، كما صرح بذلك القاضى أبو الطيب ويشهد بذلك جزمهم، فيما إذا لم يكن زيد محرما، بانعقاد أصل الإحرام فظهر أن ذلك تعليق صفة إحرامه بصفة احرام زيد، لا تعليق أصل إحرامه بإحرامه[٥].

* * *

تعليق النية

وإن شئت فقل ترديد النية إن استند إلى ما شرطنا من ظاهر أو أصل سابق لم يضر.

وإن لم يستند لذلك بطل.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٧).

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملى (٨/٢٢١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٧٧).

(٤) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٣/٦٨).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٦٨).

فمنه: لو اقتدى بمسافر شك أنه قاصر أم متم فقال: إن قصر قصرت وإلا أتمت فقصر جاز له القصر، لأن الظاهر من حال المسافر القصر، فاستندت نية القصر إلى هذا الظاهر فصح التعليق(١).

ومنه: لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان، إن كان من رمضان وإلا فأنا مفطر فكان من رمضان، صح صومه كما سبق، لأنه أخلص النية للفرض، وبنى على أصل وهو الاستصحاب، فإن الأصل أنه من رمضان(٢) بخلاف ما إذا شك فى ليلة الثلاثين من شعبان، هل هو منه أو من رمضان؟ فعلق نية الصوم، وقال: إن كان غدا من رمضان صمته عن رمضان، وإن كان من شعبان فهو تطوع لم يجز، لأن الأصل بقاء شعبان(٣)، وقال الرافعي: إذا نوى ليلة الثلاثين من شعبان الصوم عن رمضان معتقدا أنه منه، نظر إن لم يستند عقده إلى ما شرطنا فلا عبرة به، وإن استند إلى ما شرطنا كما إذا اعتمد على قول من يثق به من حر أو عبد أو امرأة، أجزاءه إذا بان أنه من رمضان، وجعل من هذا بناء الأمر على الحساب إذا جوزنا بناء الأمر عليه، وهذا يقتضى أنه يجزئ عن الفرض وهو يرد قول النووى أنه يجوز ولا يجزئ عن الفرض فى الأصح(٤).

ومنه: لو كان له مال غائب لا يتحقق بقاءه، فأخرج الزكاة وقال: إن كان مالى الغائب باقيا فهذا زكاته، وإن كان تالفا فهذا صدقة، فبان بقلؤه اجزأه لأن الأصل بقاء المال، والظاهر سلامته فاستند لهذا الأصل(٥).

ومثله: لو أخرج خمسة دارهم وقال: إن كان قد مات مورثى وانتقل ماله إلى إرثا فهذا زكاته، وإلا فصدقة لم يجزه عن الزكاة، وإن بان كون المورث ميتا لأن الأصل بقاء الحياة وعدم الإرث(٦).

ومنه: لو تيقن الحدث وشك فى الطهارة فتوضأ بنية إن كان محدثا، فهو وضوئى وإلا فهو وضوء تجديد، ثم بان أنه كان، قد توضأ صح وضوؤه، لأن الأصل بقاء الحدث، ولو تيقن الطهارة وشك فى الحدث فتوضأ بنية مترددا، ثم بان أنه كان

---

(١) قال السيوطى: جزم به الأصحاب (٤٢/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٥٣/٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (٤٢/٢).

(٤) ذكره بنصه فى روضة الطالبين (٣٥٣/٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر (٤٢/١).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر (٤١/١).

قد أحدث لم يجزه وضوءه، لأن الأصل هو الطهارة[(١)].

ومثله: لو رأى بللا فى ثوبه لم يقطع بأنه منى، فاغتسل فنوى إن كان منيًا فعن الجنابة وإلا فهو تطوع لم يصح.

ومنه: ذكر الدارمى فى الصوم أنه لو قال: إن كان وقت الجمعة باقيا فجمعة، وإن لم يكن فظهر، ثم بأن بقاؤه فوجهان، وقياس ما سبق الصحة لأن الأصل بقاء الوقت[(٢)].

ومنه: لو أحرم بالحج فى يوم الشك فقال: إن كان من رمضان فعمرة، وإن كان من شوال فحج فكان شوالا، كان حجه صحيحا، قاله الدارمى أيضًا ولم يحك فيه الخلاف السابق لقوة الإحرام[(٣)].

ومنه: لو شك فى صلاة هل فاتته فدخل فى صلاة ونوى عن الفائتة، إن فاتته فإن لم يكن فنافلة جاز قاله الدارمى فى باب نية الزكاة، وقال: ولو شك هل دخل الوقت فصلى، وقال: عن فرض إن كان دخل أو نافلة لم يجز، وإن قال فإن لم يدخل فنافلة لم يجزه[(٤)].

ولو نوى ليلة الثلاثين من الصوم إن كان غدًا منه، فعن فرض أو عن نافلة لم يجز، فإن قال: فإن لم يكن فنافلة جاز[(٥)].

واعلم: أن أصل هذه القاعدة أشار إليها القاضى الحسين وغيره، ونازعه فيها الشاشى فى كتاب الصوم من المعتمد.

* * *

تفريق الصفقة

ثلاثة فى الابتداء، وفى الانتهاء، وفى الأحكام.

وصورة الابتداء أن يتصرف فيما يصح مع ما لا يصح، وفيها قولان أظهرهما الصحة فيما يصح والبطلان فيما يبطل، والثانى البطلان فى الكل، وفى تعليله خلاف والأصح

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٠).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٢).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر (١/٤٢).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٥٢).

أنه الجمع بين الحلال والحرام، وصحح الغزالى أنه جهالة ما يخص ملكه من العوض[(١)].

وللخلاف فوائد وللقاعدة شروط:

الأول: أن لا يكون فى العبادات، فإن كانت صح فيما يصح منه، قطعًا. ولهذا لو تيمم لفرضين صح لواحد قطعًا وفى الآخر خلاف، ثم المشهور يصلى أيهما أراد[(٢)] وقال الدارمى: يتعين الأول.

ولو عجل زكاة عامين ومنعنا تعجيل ما زاد على سنة أجزأ ما يقع لسنة[(٣)]، ولو نوى حجتين انعقد بحجة وقيل ينعقد قارنًا[(٤)].

ولو نوى المتنفل أن يصلى أربع ركعات بتسليمتين، انعقدت صلاته بالركعتين الأولتين دون الأخرتين، لأنه لما سلم عن الركعتين خرج عن الصلاة فلا يصير شارعًا فى الأخيرتين إلا بنية وتكبيرة قاله القاضى الحسين فى فتاويه.

ولو نذر اعتكاف زمن بصوم وآخر غير قابل للصوم كالعيد اعتكفه ولاصوم عليه[(٥)].

نعم لو نوى فى رمضان صوم جميع الشهر، هل يصح صوم اليوم الأول بهذه النية؟ فيه وجهان وأصحهما نعم[(٦)].

ولو قال: نويت الصلاة على هؤلاء الأموات، وظن أنهم عشرة فبانوا أحد عشر، أعاد الصلاة على الجميع، لأن منهم من لم يصل عليه بالنية، ويحتمل أن يعيدها على الحادى عشر لا بعينه، وينوى الصلاة على من لم يصل عليه أولاً، قاله فى البحر.

ولو مسح على خفين أعلاهما ضعيف، ووصل البلل إلى الأسفل وقصدهما أو أطلق، جاز فى الأصح[(٧)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٤٥٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١/١١١).

(٣) قال الرافعى: على الأصح عند الأكثرين. انظر: روضة الطالبين (٢/٢١٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٩).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٩٤).

(٦) انظر: نهاية المحتاج (٣/١٦٠).

(٧) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٦).

ومن نظائرها أن يقصد الجنب القراءة وغيرها[١] والمصلى القراءة والذكر لمجرد التفهيم ونحوها[٢].

الثاني: أن لا يكون مبنيًا على السراية والتغليب، فإن كان كالطلاق والعتاق إذا طلق زوجته وزوجة غيره، أو أعتق عبده وعبد غيره، فإنه ينفذ فى الذى يملكه إجماعًا، وجعل بعضهم منها الوصية، فإنها تقبل التعليق حتى لو أوصى بأكثر من الثلث، ولا وارث له صح فى الثلث من غير تخريج على القولين، وليس كما قال، فى المسألة وجه، أنها تبطل فى الثلث، لأن الرافعى، والمتولى حكيا وجهًا فيما إذا أوصى بثلثه لوارثه ولأجنبى، وأبطلناها للوارث أن الوصية للآخر تبطل بناء على تفريق الصفقة[٣].

ولو أوصى بشىء لمبعض ومالك المبعض وارثه، ولم يكن بينهما مهايأة، أو كانت وقلنا لا يدخل الكسب النادر فى المهايأة، فالوصية للوراث، فإن قلنا ببطلانها بطلت، ولم يخرجوا نصيب المبعض على تفريق الصفقة[٤] وفيه احتمال للإمام، وفى التتمة فى كتاب الضمان، لو وهبه عبدًا فخرج نصفه مستحقًا فهل يحكم ببطلان الهبة فى الكل أم لا ينبى على تفريق الصفقة[٥].

الثالث: أن يكون الذى يبطل فيه معينًا إما بالشخص أو بالجزئية، ليخرج صورتان وهم من خرجهما على هذه القاعدة.

إحداهما: إذا عقد على خمس نسوة، فإنه يبطل فى الجميع، ولم يقل أحد أنه يصح فى أربع ويبطل فى واحدة، لأنه ليست هذه بأولى[٦] من هذه، وغلط صاحب الذخائر بتخريجها.

الثانية: إذا اشترط الخيار أربعة أيام، فسد البيع، ولم يقل أحد أنه يبطل فى واحد

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١/٨٦).

(٢) قال الرافعى: ولنا وجه شاذ أنه إذا قصد الإفهام والإعلام فقط بطلت صلاته بلا خلاف. انظر: روضة الطالبين (١/٢٩١، ٢٩٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٦/١١٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/١٠٢).

(٥) ذكره الرافعى ونقله عن الإمام. انظر: روضة الطالبين (٦/١٠٣).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/١٢١).

ويصح فى ثلاثة[(١)]، لما ذكرنا، وغلط البالسى فى شرح التنبيه بتخريجها.

ولو كان بين اثنين أرض مناصفة، فعين إحداهما فيها قطعة مدورة، وباعها بغير إذن شريكه، قال البغوى: لا يصح البيع فى شىء منها، وإن قلنا بتفريق الصفقة فى غيرها.

ولو قال: ضمنت لك الدراهم التى لك على فلان، وهو لا يعرف قدرها فهل يصح فى ثلاثة؟ وجهان، كما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، هل يصح فى الشهر الأول؟ وجهان، ويجريان فى الإقرار بها، والأصح المنع، قاله الرافعى فى كتاب الضمان[(٢)].

نعم، يستثنى صورتان:

إحداهما: لو عقد المسابقة، ثم ظهر فى أحد الحزبين من لا يحسن الرمى، فإن العقد يبطل فيه، ويسقط من الحزب الآخر واحد فى مقابلته، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة[(٣)].

الثانية: لو تحجر الشخص أكثر مما يقدر على إحيائه، فقيل يبطل فى الجميع، لأنه لا يتميز ما يقدر عليه من غيره، وقال المتولى: يصح فيما يقدر عليه، قال فى الروضة: وهو قوى[(٤)].

الرابع: إمكان التوزيع، فيخرج ما إذا باع مجهولاً ومعلوما.

الخامس: أن يكون ما يبطل فيه معلوما، فإن كان مجهولاً لم يصح بناء على أنه يخير بالقسط.

ولهذا لو باع أرضًا مع بذر أو زرع، لا يفرد بالبيع بطل فى الجميع على الصحيح، وقيل فى الأرض قولا تفريق الصفقة[(٥)].

---

(١) قال الخطيب الشربينى: ولا يخرج على تفريق الصفقة لوجود الشرط الفاسد وهو مبطل للعقد لأن الشرط يتضمن غالبا زيادة فى الثمن أو محاباه، فإذا سقطت انجرت الجهالة إلى الثمن بسبب ما يقابل الشرط الفاسد فيفسد البيع فلهذا لم يصح الشرط فى الثلاث ويبطل ما زاد عليها. انظر: مغنى المحتاج (٢/٤٧).

(٢) ذكره بنصه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين (٤/٢٥٢).

(٣) أظهرهما تفرق ويصح العقد فيه. انظر: مغنى المحتاج (٤/٣١٨).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٨٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٦٢).

نعم، قال الرافعي في آخر احياء الموات: لو باع الماء في قراره، فإن كان جاريا، فقال: بعتك هذه القناة مع مائها أو لم يكن جاريا، وقلنا الماء لا يملك، لم يصح البيع في الماء، وفي القرار قولا تفريق الصفقة، وإلا فيصح، ولا شك أن الماء الجاري مجهول القدر[١].

السادس: أن لا يخالف الإذن ليخرج مالو استعار شيئا ليرهنه على عشرة، فرهنه بأحد عشر، بطل في الجميع على الصحيح، لمخالفة الإذن، كذا علله الرافعي، وقضيته جريانه في التوكيل بالبيع وغيره، إذا ضم إليه غير المأذون[٢].

ولو أستأجره، لينسج له ثوبًا طوله عشرة أذرع في عرض معين، فنسج أحد عشر، لم يستحق شيئا من الأجرة، وإن جاء به وطوله تسعة، فإن كان طول السدى عشرة استحق من الأجرة بقدره، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه، وإن كان طوله تسعة لم يستحق شيئا، حكاه الرافعي في آخر الإجارة عن التتمة[٣].

السابع: أن لا ينبى على الاحتياط، فلو أصدق الولي عن الطفل عينًا من ماله أكثر من مهر المثل، صح فيها في قدر مهر المثل، وبطل في الزائد على وجه، ولم يخرجوه على تفريق الصفقة[٤].

الثامن: أن يورد على الجملة، ليخرج مالو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، فإنه لا يصح في سائر الشهور قطعًا، وهل يصح في الشهر الأول؟ وجهان: أصحهما لا[٥]، وهكذا لو قال: ضمنت نفقة الزوجة، فالضمان في سائر الأيام فاسد، وهل يصح في نفقة يومها أم لا؟ قال المتولي: المذهب أنه لا يصح بناء على مسألة الإجارة[٦].

---

(١) ذكره بنصه. انظر: روضة الطالبين (٥/٣١٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/٥٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٦٤).

(٤) قال الرافعي: فيه احتمالان للإمام أحدهما: يفسد المسمى لأنه يتضمن دخوله في مالك الابن ثم يكون تبرعًا بالزيادة، والثاني: يصح وتستحق المرأة المسمى لأنه لا ضرر على الابن بل إذا لم تصححه أضررنا به فإنه يلزم مهد المثل في ماله، وبهذا الثاني قطع الغزالي، والمتولي. انظر: روضة الطالبين (٧/٢٧٤).

(٥) وقال في الإملاء يصح في الشهر الأول وبه قطع الاصطخري. انظر: روضة الطالبين (٥/١٩٦).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/٢٤٥).

فائدة

الصفقة تفرق فى الثمن، كما تفرق فى المثمن وهذا مما لم يتعرضوا له، بل اقتضى كلامهم فى باب التحالف أنها لا تفرق فيه، فيما إذا اختلفا فى الصحة والفساد، بأن قال: بعتك بألف، فقال: بل بألف وخمر[١]، لكن قالوا فى باب الشفعة فيما إذا خرج بعض المسمى مستحقًا: بطل البيع فى ذلك القدر، وفى الباقى خلاف تفريق الصفقة فى الابتداء[٢]، وبذلك يصح ما ذكرنا.

* * *

التقديم

يقدم فى كل ولاية من هو أقوم بمصالحها.

فيقدم للقضاء من هو أكثر تفطنًا لوجوه الحجج والأحكام[٣].

وفى الحروب من هو أعلم بمكايدها، وأشد إقدامًا عليها، وأعرف بسياسته فيها[٤].

وفى أمانة الحكم من هو أعلم بتدبير الأيتام، وتنمية أموالهم[٥].

وقد يكون الواحد ناقصًا فى باب كاملا فى غيره، كالمرأة ناقصة فى الحروب كاملة فى حضانة الطفل[٦].

قال فى البحر: وإذا اجتمع عراة وهناك ثوب، وأراد مالكه إعارته لهم، فالأولى أن يبدأ بالنساء، ثم الرجال، لأن عورتهن أغلظ وآكد حرمة، فكان البداءة بسترها أولى.

ومن هذا تقديم الفقيه على القارئ فى الصلاة، لأنه أعلم بإقامة أركان الصلاة ودرء مفسداتها[٧].

وقدم الإمام على الجميع للمصلحة العامة، فإنها تقدم على الخاصة.

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٢/٩٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٥/٩٣).

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملى (٨/٢٣٨).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤/٢٢٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١١/١٩٩).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٩/٩٨).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٣٩).

واستشكل على هذه القاعدة التقديم بالمكان كمالك الدار، وإمام المسجد، فإن المكان لا مدخل له فى مصلحة الصلاة، فكان رعايتها أولى من رعاية حق المالك والإمام.

ولهذا، إذا اجتمعت فضيلة تتعلق بنفس العبادة، وفضيلة تتعلق بمكانها قدم ما يتعلق بنفس العبادة[١]، وإنما خرجوا عن هذا بدليل خاص وهو قوله ﷺ: «لا يُؤَمَّنَّ الرجل فى سلطانه إلا بإذنه»[٢].

ولو أسر الكفار عالمًا وجاهلاً ولم يمكن، إلا فك إحداهما، فقيل: يقدم الجاهل، لأن بقاءه عندهم ربما يجره إلى دخوله معهم، وبقاء العالم عندهم، ربما يجر إلى انقيادهم إلى الحق ببيان الأدلة، وقيل: يقدم العالم، لعموم نفعنا به.

ومن هذا يباح، لخائف العنت نكاح الأمة، وإن حرمت على[٣] غيره، قال مجلى: وهذا فيه تقديم للفاجر على المتقى بسبب فجوره مع استوائهما فى الحاجة.

تقديم الواجب ضربان:

الأول: بعد دخوله وقته فتعجيله أفضل من تأخيره[٤].

إلا فى الصلاة فى مواضع مستثناة، وإلا إخراج زكاة المال لانتظار قريب أو جار[٥]، وكذا زكاة الفطر فى يوم العيد بعد الفجر، وقبل صلاة العيد[٦]، وكذلك الهدى، فإنه يجب بالإحرام وتأخير ذبحه إلى الحرم أفضل[٧]، وكذا ما يدخل وقته بنصف الليل من ليلة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٤٧).

(٢) أخرجه مسلم فى المساجد (١/٤٦٥)، ح (٦٧٣/٢٩٠). وأبو داود فى الصلاة (١/١٥٦)، ح (٥٨٢). والترمذى فى المواقيت (١/٤٥٨، ٤٥٩)، ح (٢٣٥). والنسائى فى الإمامة (٢/٥٩) باب/ من أحق بالإمامة. وابن ماجه فى الإقامة (١/٣١٣ - ٣١٤) ح (٩٨٠). والإمام أحمد فى مسنده (٤/١٤٥) ح (١٧٠٦٧).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٦/٢٨٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١/١٨٣).

(٥) ففى التأخير وجهان أصحهما جوازه فعلى هذا لو أخر فتلف كان ضامنا على الأصح. انظر: روضة الطالبين (٢/٢٢٥).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٢/٢٩٢).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/١٠٣).

النحر تأخيره إلى فعله يوم النحر أفضل كالرمى والطواف[١].

الثاني: التقديم على الوقت وهو جائز فى بعض عبادات المال كتعجيل الزكاة قبل الحول[٢]، وتقديم الكفارة قبل الحنث[٣]، كما يجوز تعجيل الدين قبل محله، بخلاف عبادات الأبدان لا تقدم قبل دخولها، كالصلاة[٤].

ولهذا لا يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث[٥]، ولا يجوز للمتمتع صوم الثلاث قبل الشروع فى الحج[٦] لقوله تعالى: ﴿**فصيام ثلاثة أيام فى الحج**﴾ [البقرة: ١٩٦]، خلافًا لأبى حنيفة[٧] رحمه الله، وقيل: أن الطهارة تجب بالحدث أو بأول الوقت وجوبًا موسعًا، لأنها لو لم تجب فى هذه الحالة، لما جاز فعلها قبل دخول وقتها، فإن عبادات الأبدان لا يتقدم وقتها، لكنها جائزة، فدل على وجوبها بالحدث.

ويستثنى صور:

ومنها: يجوز الأذان للصبح قبل الوقت، قال القفال: وذلك بناء على استحباب التعجيل بالصبح، ومبنى التعجيل على وجوبها بأول الوقت[٨].

ومنها: الحج قبل الاستطاعة، ثم يستطيع[٩].

ومن ذلك الطهارة بالماء قبل دخول وقت الصلاة: إذا قلنا بوجوبها بدخول الوقت والصبى إذا توضأ، ثم بلغ، لا يجب عليه إعادة الوضوء على الصحيح[١٠]، خلافا للمزنى فى المنثور.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠٣/٣).
(٢) انظر: روضة الطالبين (٢١٢/٢).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١٧/١١).
(٤) انظر: روضة الطالبين (١٨٦/١).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٧/١١).
(٦) انظر: روضة الطالبين (٥٣/٣).
(٧) انظر: الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى الحنفى (١٧٠/١).
(٨) انظر: نهاية المحتاج للرملى (٤١٩/١).
(٩) انظر: روضة الطالبين (٣/٣).
(١٠) انظر: مغنى المحتاج (١٣٢/١).

ولو صلى المكتوبة، ثم بلغ بالسن فيها أو بعدها، فلا إعادة على الصحيح[١]، وفى معنى ذلك الإحرام، ومن دويرة أهله، فإن الواجب من الميقات[٢].

* * *

التقاص

إذا ثبت لشخص على آخر دين وللآخر عليه مثله.

إما من جهة كسَلَم وقرض.

أو من جهتين كقرض وثمن، وكان الدينان متفقين فى الجنس والنوع والصفة؟؟ والحلول، وسواء اتحد سبب وجوبهما كأرش الجناية، أو اختلف كثمن المبيع والقرض ففيه أربعة أقوال:

أصحهما: عند النووى، وهو ما نص عليه فى الأم، فى اختلاف العراقيين أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدينين، ولا حاجة إلى الرضا، لأن مطالبة إحداهما الآخر بمثل ماله عناد، لا فائدة فيه، قال الماوردى، وابن الصباغ: ولأن من مات وعليه دين لوارثه، فإن ذمته تبرأ بانتقال التركة لوارثه، ولم يكن له بيعها فى دينه لعدم الفائدة فيه، لانتقال العين إليه[٣].

والثانى: يسقط إحداهما بالآخر إن تراضيا، وإلا فلكل منهما مطالبة الآخر.

والثالث: يسقط برضا إحداهما.

والرابع: لا يسقط ولو تراضيا. إذا علمت هذا فللتقاص شروط:

إحداها: أن يكون فى الديون الثابتة فى الذمة، فأما الأعيان، فلا يصير بعضها قصاصا عن بعض، لأنه يكون كالمعاوضة فيفتقر إلى التراضى، ولأن الأغراض تختلف فى الأعيان، فأما فى الذمة الديون سواء، فلا معنى لقبض إحداهما، ثم يرده إليه، ومن أجل هذا الشرط امتنع أخذ مال الغريم بغير إذنه إذا كان مقرا باذلا للحق، لأنه مخير فى الدفع من أى جهة شاء، ولو أخذه ضمنه، ولا يقال يصير قصاصا عن حقه، لأن القصاص فى الديون لا فى الأعيان.

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (١٣٢/١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٢/٣).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١٤٦/٢).

الثاني: أن يكون فى الأثمان، أما المثليات كالطعام والحبوب، فلا تقاص فيها، صرح به العراقيون وعلله الشيخ أبو حامد، بأن ما عدا الأثمان يطلب فيه المعاينة، وحكى الإمام فى جريانه فى المثليات وجهين وصحح جريانه، وقال ابن الرفعة: إنه المنصوص كما حكاه البندنيجى، وقال: إن الأصحاب خالفوا نص الشافعى رحمه الله، لا عن قصد، لقلة نظرهم فى كتابه، ومن هذا قالوا: مالو أكلت الرشيدة مع زوجها، تسقط نفقتها فى الأصح[1].

الثالث: أن يكون الدينان مستقرين، فإن لم يكن بأن كانا سلمين لم يجز قطعا وإن ترضيا، قاله القاضى الحسين، والماوردى، وكلام الرافعى يقتضى الجواز، لكن المنقول عن منع الأم التقاص فى السلم.

الرابع: أن يتفقا فى الجنس والنوع والحلول والاجل، فلو كان إحداهما دراهم والآخر دنانير، لم يقع الموقع.

الخامس: أن يكون بعد طلب إحداهما من الآخر، فإن كانا مؤجلين بأجل واحد، ولا طلبه، فقال القاضى الحسين: لا يجزئ، بلا خلاف، وقال الإمام: فيه احتمال.

السادس: أن لا يكون مما يبنى على الاحتياط، ولهذا قال ابن عبد السلام: ظفر المستحق بحقه عند تعذر أخذه ممن هو عليه جائز، إلا فى حق المجانين والأيتام والأموال العامة لأهل الإسلام.

السابع: أن لا يكون فى قصاص، ولاحد، فلو تقاذف شخصان لم يتقاصا[2]، ولو تجارح رجلان، قال الشيخ فى التنبيه قبيل باب الديات: وجب على كل واحد منهما دية الآخر، لأن كل واحد منهما ينفرد بقتل صاحبه، قال: فإن ادعى كل واحد منهما أنه جرح للدفع، لم يقبل أى لأن الأصل عدم ذلك والأحسن أن يقال: فالقول قول كل واحد منهما بيمينه فى نفى ما يدعيه صاحبه عليه من الدفع المسقط للضمان، فإذا حلفا وماتا بالسراية وجب على كل واحد منهما دية الآخر، لأن الجرح السارى موجود وما يدعيه من قصد الدفع لم يثبت فوجب الضمان، قال الشيخ علم الدين العراقى فى شرح

---

(١) قاله الرافعى: افتيهما وهو الذى ذكره الرويانى فى البحر لا تسقط وإن جريا على ذلك سنين لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره، والثانى تسقط فإنه اللائق بالباب، قال الغزالى: وهذا أحسنهما لجريان الناس عليه فى الإعسار واكتفاء الزوجات به. انظر: روضة الطالبين (٩/٥٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٠٩).

التنبيه: وينبغى أن يجب القصاص، إذا مات إحداهما بالسرية على الذى لم يمت لما تقدم.

قلت: فى فروع ابن القطان: أن التقاص يجرى فى القصاص حتى لو قتل إنسانا فقتل وارثه من يستحق قوده القاتل سقط هذا بهذا، وينبغى طرده فى القذف وهو غريب.

فروع من التقاص:

له دين على إنسان فجحده ولا بينة، ولكن فى يده وثيقة عليه بدين آخر كان قبضه وفى الصك شهود، لا يعلمون أنه قبض ذلك الدين، فله أن يدعيه، ويقيم البينة ويقبض الدين منه، ويجعله تقاصا عن دينه المجحود، قاله شريح الرويانى فى روضة الحكام، وهذا، إذا كان مساويا أو أنقص، فإن كان أكثر فطريقه أن يدعى. ومنها: من عليه زكاة وقد استعجل منها مالم يقع الموقع، فقال الرافعى: للإمام أن يحتسبه عن زكاته المفروضة، ويقع تقاصًا[1] وكلام الماوردى يدل على أنه ليس له أن يحسبه، بل يأخذ منه ثم يعطيه من جهة الزكاة وهو القياس، لأن الزكاة تحتاج إلى دفع ونية، لكن اكتفوا بنية أصل الزكاة وهى موجودة[2].

ومنها: إذا كان له على الفقير دين، فقال: جعلته عن زكاتى، لا يجزيه فى الأصح حتى يقبضه، ثم يرده إليه إن شاء، وعلى الثانى يجزيه، كما لو كان له وديعة، قاله فى الروضة فى قسم الصدقات[3].

منها: لو باع المصراة بصاع تمر يرد التمر، ولا يجرى التقاص نظير التى قبلها[4].

منها: إذا هاجرت إلينا منهم مسلمة وتوجهت إليهم منا مرتدة مهرها أكثر من مهر التى هاجرت، قال الماوردى: فإن استويا فى القدر برئت الذمتان، وإن فضل لنا رجعنا بالفضل، وإن فضل لهم دفعنا الفضل إليهم، ودفع الإمام ما خصهم به من بيت المال إلى مستحقه من المسلمين.

* * *

التقليد

ممتنع للمجتهد القادر على الدليل كاف للعاجز عنه، فيما لم يطلب فيه القطع، والظن

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٢/٢١٥).

(٢) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (٣/١٦٣).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢/٣٢٠).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٢/٦٤).

كاف فى كل علم بكيفية، أو فى علم لم يطلب فيه القطع واليقين، وبيانه أن يقول كل مسألة يتعلق بها عمل، فإن الظن فيها كاف، وكل مسألة لا يتعلق بها عمل، فالمشهور أنه لابد فيها من العلم.

وقال المحققون: إن فيها بالعلم، فلا يجوز فيها الأخذ بالظن، وإلا جاز، كالتفاضل بين فاطمة، وخديجة، وعائشة رضى الله عنهم أجمعين.

واعلم أن اكتفاء الشرع فى الفروع بالظن ليس بمتعلق للعمل بالظن، فإن الظن أمارة وجوب العمل، لا مستند العمل وإنما استند العمل إلى الدليل القاطع والإجماع، وعن هذا، قال القاضى أبو بكر: ليس فى الشريعة تقليد، إذ حقيقة التقليد قبول القول من غير حجة ودليل، فكما أن قول الرسول مقبول لقيام المعجزة الدالة على صدقه، كذلك قبول إخبار الآحاد وأقوال المفتين والحكام مقبول بالإجماع من الأمة المعصومة، فنزلت أقوال المجتهدين فى وجوب العمل عليهم بالإجماع منزلة اخبار الآحاد، والأقيسة عند المجتهدين فى المصير إليها بالإجماع، وفى جواز التقليد لمن التزم مذهبا معينا خلاف، وجزم القاضى الحسين: بالمنع، ففى فتاويه لا يجوز للشافعى أن يلمس امرأة ثم يصلى، ولا يتوضأ تقليدا لمن يعتقد أن اللمس، لا ينقض لأنه بالاجتهاد يعتقد مذهب الشافعى رحمه الله وهو من أهل الاجتهاد فى هذا، فلا يجوز أن يخالف إجتهاده.

كما لو اجتهد فى القبلة فأدى اجتهاده إلى جهة، ثم أراد أن يصلى إلى غيرها انتهى.

ومنهم من جوزه عند الضرورة، وإليه يشير كلام ابن الصلاح حيث قال فى فتاويه: إن زكاة الفطر يعسر تفريقها على الأصناف الثمانية، وقد جوز بعض أئمتنا قسمتها على ثلاثة ويجوز تقليده فى ذلك للضرورة.

فائدة: إذا أخبره ثقة بالوقت عن علم، عمل به سواء أمكنه العلم أم لا، كما صححه فى شرح[1] المهذب، وجزموا فى القبلة بأنه لا يقبل الخبر عن علم إلا إذا تعذر عليه، والفرق انه فى الوقت يمكن فيه العلم بأن يرى غروب الشمس من جبل مثلا، وأما القبلة فلا يمكن فيها المشاهدة إلا بمكة، وحينئذ فلا يعتمده مع القدرة على العلم به[2].

* * *

(١) انظر: المجموع شرح المهذب (٧٢/٣).
(٢) انظر: المجموع شرح المهذب (٢٢٨/٣).

التقويم

يعتبر فى المغصوب بغالب النقود لا بأدناها[١] وفى السرقة أطلق الدارمى: أنه يقوم بأدنى دنانير البلد، وقضيته ذلك وإن غلب رواج الأعلى، والأحسن ما قاله الماوردى: إن كان فى البلد نقدان خالصان من الذهب، وإحداهما أعلى قيمة من الآخر اعتبرت القيمة بالأقل من دنانير البلد فى زمان السرقة[٢] فإن استويا فبأيهما يقوم وجهان إحداهما الأدنى اعتبارا بعموم الطاهر، الثانى بالأعلى درئا للقطع بالشبهة[٣]، وقال الرويانى: لو شهد عدلان بسرقة فقوم إحداهما المسروق نصابا والآخر دونه فلا قطع، وكذا لو شهد انه نصاب وقومه خر بدونه فلا قطع ويؤخذ فى الغرم بالأقل[٤] خلافا لأبى حنفية رحمه الله[٥]، وفى شرح الكفاية للصيمرى أنه يغرم أوفر القيمتين، وقيل: بل أقلهما، وذلك متعين، وقالوا فى الزكاة: لو تم النصاب فى بعض الموازين ونقص فى بعض لم تجب فى الأصح[٦] والسرقة أولى بذلك، فإن الحدود تدرأ بالشبهات.

وهاهنا ضابط آخر:

وهو أن ما توقف على التقويم وعرض على أهل الخبرة، وحكموا بالتقويم تقريبا، فهو المتبع فى سائر الأبواب، وان تطرق إليه تقدير النقصان ظنا، إلا فى باب السرقة فإنه لا يعتمد عند المحققين لسقوط القطع بالشبهة، ذكره الإمام فى باب القراض وقال فى باب السرقة: لو بلغ قيمة الغرض المسروق بالاجتهاد ربع دينار، فقد يؤخذ للأصحاب أنه يجب الحد، والذى أراه أنه لا يجب مالم يقطع المقومون ببلوغها نصابا.

* * *

الأحكام التقديرية

منها: الملك فى العتق المستدعى، والدية يقدر دخولها فى ملك القتيل آخر جزء من

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٨٤).

(٢) نقل هذه الأقوال الخطيب الشربينى بما فيها قول المصنف. انظر: مغنى المحتاج (٢/١٥٩).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٤/١٥٩).

(٤) نقله السيوطى فى الأشباه والنظائر (٢/٣٥٤).

(٥) الذى فى الفتاوى الهندية خلاف ما نقله المصنف، عن أبى حنفية حيث قال الشيخ نظام: ولا يقطع بتقويم الواحد ولا عند اختلاف المقومين كذا فى المحيط وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم كذا فى التبيين. انظر: الفتاوى الهندية (٢/١٧٠).

(٦) وبه قطع المحاملى وغيره. انظر: روضة الطالبين (٢/٢٥٧).

حياته على الأصح، حتى يقضى منها ديونه، وقيل: تنتقل إلى الورثة ابتداء[١].

ولو أصدق عن ابنه الصغير من ماله، ثم بلغ وطلق قبل الدخول هل يرجع نصف المهر إلى الابن أو للأب؟ وجهان، ومن قال: يرجع للأب فقد نازع فى أنه لا يدخل الصداق فى ملكها إلا بعد دخوله فى ملك الابن.

ولو اشترى بألف وتبرع عنه آخر بالثمن، ثم اطلع على عيب فرد المبيع، هل يرد المؤدى إلى المشترى أم إلى المتبرع؟ والقول برده إلى المتبرع يقتضى أنه ينتقل الملك إلى المؤدى عنه وفيه نظر[٢].

* * *

تلقين الإمام

يشرع فى موضعين:

إحداهما: القراءة فى الصلاة إذا أرتج عليه ولا يلقن ما دام يتردد، بل حتى يقف قاله المتولى.

الثانى: فى الخطبة إذا حضر، ولا يلقن حتى يسكت قاله الدارمى فى الاستذكار، قال: ويرد عليه ما يعلم أنه ليس يفتح له. وقال الشاشى فى المعتمد: فإن أرتج عليه لقن فى الخطبة نص عليه، وقال فى موضع آخر: لا يلقن والمسألة على اختلاف حالين فحيث قال: يلقن إذا وقف بحيث لا يمكنه أن يفتح عليه، وحيث قال: لا يلقن إذا كان تردد ليفتح عليه، قال فى الاستقصاء: إن علم من حاله انه إن فتح عليه انطلق فتح عليه وإن علم أنه يدهش تركه على حاله.

* * *

التمنى أنواع

إحداها: تمنى الرجل حال أخيه من دين أو دنيا على أن يذهب ما عنده، وهذا حرام

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٣٢١).

(٢) قال الرافعى: وعلى من يرد وجهان: أحدهما على الأجنبى لأنه الدافع، والثانى على المشترى لأنه بقدر دخوله فى ملكه فإذا رد المبيع رد إليه ما قابله وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة ذكره فى باب الرهن، قال: ولو خرجت السلعة مستحقه رد الألف على الأجنبى قطعا لأنّا تبيناً أن لاثمن ولا بيع. انظر: روضة الطالبين (٣/٥٠٠).

فإنه الحسد بعينه، وقد أعلمنا الله تعالى ما فى تمنى زينة الدنيا وكثرة متاعها المطغى بقصة قارون ومن تمنى مثل ما أوتى قارون حتى شهدوا المنة فى المنع لا فى الإعطاء.

وقد ذكر الواحدى فى البسيط، وابن فورك فى مشكله وغيرهما عن أكثر العلماء أن التمنى فى قوله تعالى: ﴿**ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض**﴾ [النساء: ٣٣] على التحريم إذ ليس لأحد أن يقول: ليت مال فلان لى، وإنما ليت لى مثله، وحكوا عن الفراء أن النهى للتنزيه وغلطوه لأن النهى لا ينصرف عن مقتضاه إلا بقرينة.

وقال القاضى الحسين فى كتاب الصوم من تعليقه: كما يحرم النظر إلى مالا يحل له يحرم التفكر فيه بقلبه لقوله تعالى: ﴿**لا تتمنوا**﴾... الآية، فمنع من التمنى مما لا يحل كما منع من النظر إلى مالا يحل لقوله تعالى: ﴿**قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم**﴾ [النور: ٣٠]، لكن النظر يفسق به وترد به الشهادة بخلاف الفكر، لأنه لا يظهر حتى لو أخبرنا به، كان قادحا فى شهادته.

الثانى: أن يتمنى مثل ما لغيره من غير تمنى زوال نعمته عنه، فهذا غير منهى عنه وعليه جاء قوله ﷺ: «لا حسد إلا فى اثنتين»[١]، فإن المراد به الغبطة، ونبه بالاستثناء على إن ما يتمنى به كرامة الآخرة لا ينهى عنه.

الثالث: تمنى فعل العبادات وإن شقت عليه، ولا شك أنه مطلوب مثاب عليه، وفى صحيح مسلم: «من طلب الشهادة صادقًا أعطيها، ولو لم تصبه»[٢]، وقد ثبت تمنى الشهيد فى البرزخ الرجوع إلى الدنيا وهو دليل لجواز ذلك.

وفى الحديث: «وددت أنى أقتل فى سبيل الله ثم أحيا ثم أقتل»[٣].

---

(١) أخرجه البخارى فى التوحيد (١٣/٥١١)، ح(٧٥٢٩).

(٢) أخرجه مسلم فى الإمارة (٣/١٥١٧)، ح(١٥٦/١٩٠٨). وأبو داود فى الوتر (٢/٨٧)، ح(١٥٢٠). والترمذى فى فضائل الجهاد (٤/١٨٣)، ح(١٦٥٣). والنسائى فى الجهاد (٦/٣١)، باب مسألة الشهادة (٣٦). وابن ماجه فى الجهاد (٢/٩٣٥)، ح(٢٧٩٧). والدارمى فى الجهاد (٢/٢٧٠)، ح(٢٤٠٧). والإمام أحمد فى مسنده (٥/٢٨٨)، ح(٢٢١٧١).

(٣) أخرجه البخارى فى الإيمان (١/١١٤)، ح(٣٦). ومسلم فى الإمارة (٣/١٤٩٥، ١٤٩٦)، ح(١٠٣/١٨٧٦). والنسائى فى الجهاد (٦/٢٧) باب تمنى القتل فى سبيل الله تعالى. وابن ماجه فى الجهاد (٢/٩٢٠)، ح(٢٧٥٣). والإمام مالك فى الموطأ فى الجهاد (٢/٤٦٥)، برقم(٤٠). والإمام أحمد فى مسنده (٢/٣٠٩)، ح(٧١٧٦).

وقد استشكل الشيخ عز الدين سؤال الشهادة، وهى قتل الكافر للمسلم وقتل الكافر للمسلم معصية.

وأجيب بوجهين:

إحداهما: أن الشهادة قد تحصل فى الحرب بسبب من أسباب القتل، غير قتل الكافر.

وثانيهما: أن الشهادة لها جهتان، إحداهما حصول تلك الحالة الشريفة فى رضا الله تعالى وإعلاء كلمة الإسلام وهى المسؤولة، والثانية: قتل الكافر وهى كذلك.

الرابع: تمنى لقاء العدو، وقال ﷺ: «لا تتمنوا لقاء العدو وسلوا الله العافية»(١)، وهذا النهى محمول على تمنى لقائه إدلالا بالقوة، واعتمادا عليها.

فأما تمنى ذلك، لإقامة الجهاد اعتمادا على الله تعالى دون القوى والأسباب من الإنسان فحسن، لأن تمنى الفضائل وسيلة إليها قاله الشيخ عز الدين فى كتاب الشجرة، وقال صاحبه ابن دقيق العيد: لما كان لقاء الموت من أشق الشياء وأصعبها على النفوس وكانت الأمور المقدرة عند النفس ليست كالأمور المحققة لها خشى ألا يكون عند التحقيق، كما ينبغي، فكره تمنى لقاء العدو لذلك.

الخامس: فى تمنى الموت، وهو مكروه لضرر نزل به، فإن طول العمر خير للمؤمن من قصره، ليستعتب من إساءته ويستكثر من طاعته، فإذا تمنى الموت كان تمنيا لفوات الطاعات، أما إذا كان يخاف على دينه لفساد الزمان، فلا يكره، بل قد يستحب وقد حكى ذلك عن أبى مسلم الخولانى، وعمر بن عبد العزيز.

السادس: فى تمنى رفع الدرجات مع إهمال الطاعات، قال الله تعالى: ﴿**أم للإنسان ما تمنى**﴾ [النجم: ٢٤]، وفى الحديث: «الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت والعاجز من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله»(٢).

السابع: تمنى خلاف الأحكام الشرعية لمجرد التشهى وهو مذموم، وللشافعى رضى الله عنه فيه نصان:

---

(١) أخرجه البخارى فى التمنى (١٣/٢٣٧)، ح(٧٢٣٧). ومسلم فى الجهاد والسير (٣/١٣٦٢، ١٣٦٣)، ح(٢٠/١٧٤٢). وأبو داود فى الجهاد (٣/٤٢، ٤٣)، ح(٢٦٣١). والدارمى فى السير (٢/٢٨٥)، ح(٢٤٤٠).

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك (٤/٢٥١).

إحداهما: قال: في الأم في سير الواقدي، وقد روى عن عمر لا يسترق عربي، قال الإمام الشافعي رحمه الله: لولا أنّا نأثم بالتمني لتمنينا أن يكون هذا هكذا، وكأنه أراد تغير الأحكام، ولم يرد أن التمنى كله حرام.

والثاني: في طبقات العبادي عن ابن عبد الحكم، سئل الشافعي رحمه الله عن نكاح العامة الهاشميات، فقال: إنه جائز وودت، أنه لا يجوز، إلا أنى لا أرى فسخه والمنع منه، لأني سمعت الله تعالى يقول: ﴿**ان أكرمكم عند الله أتقاكم**﴾ [الحجرات: ١٣]، انتهى.

وهذا بعد استقرار الأحكام، أما في وقت النسخ، فقد كان ذلك جائزا، ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم، لما أمر بالتوجه إلى بيت المقدس، وكان يتمنى التوجه للكعبة فنوله الله تعالى مراده.

وقال الرافعي في كتاب الردة عن الحنفية: إن من يتمنى تحليل ما كان حراما، إن كان مباحا، ثم حرم لم يكفر بخلاف مالم يحل فقط(١) وفيه نظر.

الثامن: أن يتمنى على الله تعالى من غير أن تقترن أمنيته بشيء مما سبق فهو جائز قال الله تعالى: ﴿**واسألوا الله من فضله**﴾ [النساء: ٣٢].

قال بعض العلماء: والأولى لمن سأل الله سبحانه وتعالى من المتاع الفإني، أن يقرن برغبته سؤاله التوفيق للعمل لله تعالى بالطاعة والعصمة من التعرض به لسوء الخاتمة، وقد قال تعالى: ﴿**قل بفضل الله وبرحمته فبذلك فليفرحوا هو خير مما يجمعون**﴾ [يونس: ٥٨]، وهذا تفسير حديث ابن مسعود، عن النبي ﷺ قال: «اسألوا الله من فضله فإن الله يحب أن يسأل»(٢)، وأفضل العبادة انتظار الفرج بفضل الله الذى يحب أن يُسأله، هو الذى أمر أن يفرح به.

وأما الإقتار وضرر الأبدان، فأفضل العبادة فيها انتظار الفرج.

فروع: قال الحليمي في شعب الإيمان: من تمنى إن يكون نبيا، أن تمنى في زمن نبي ان يكون هو النبي دون الذى نبيء بالحقيقة، فقد كفر، وكذا لو تمنى بعد نبينا ﷺ، أنه

(١) قال الرافعي: ولو تمنى أن لا يحرم الله تعالى الخمر، أو لايحرم المناكحة بين الأخ والأخت لا يكفر، ولو تمنى أن لا يحرم الله تعالى الظلم أو الزنى وقتل النفس بغير حق كفر. والضابط أن ما كان حلالاً في زمان فتمنى حله لا يكفر. انظر: روضة الطالبين (١٠/٦٨).

(٢) أخرجه الترمذى في الدعوات (٥/٥٦٥)، ح(٣٥٧١).

لو كان نبيا، لأنه يتمنى أن يكون عليه الصلاة والسلام شرف بختم النبوة، وأما من تمنى النبوة فى زمن جوازها، فلا يكفر.

قال: ولو كان فى قلب مسلم غل على كافر، فأسلم، فحزن المسلم لذلك وتمنى لو عاد إلى الكفر، لا يكفر، لأن استقباحه الكفر، وهو الذى حمله على تمنيه له واستحسانه الإسلام، هو الحامل له على كراهته له.

قال: وإنما يكون تمنى الكفر كفرا، إذا كان على وجه الاستحسان له، واستدل له بدعاء موسى عليه السلام على فرعون بقوله: ﴿**واشدد على قلوبهم فلا يؤمنوا**﴾ [يونس: ٨٨].

قال: تمنى أن لا يؤمنوا، وزاد على التمنى بأن دعا الله بذلك، لما عاتبه عليه، وقال الشيخ عز الدين: لو قتل عدو للإنسان ظلما، ففرح بموته، هل يأثم؟

قال: ان فرح بكونه عصى الله فيه: فنعم، وإن فرح بكونه خلص من شره، فلا بأس لاختلاف سبب الفرح، فإن قال: لا أدرى بأى الأمرين كان فرحى، قلنا لا إثم عليك، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يفرح بمصائب عدوه، لأجل الاستراحة.

* * *

التنكير يقتضى التوحيد

وهو يقوى قول من قال: إن المطلق والنكرة سواء يدل على الماهية بقيد الوحدة، وبيانه أن التنوين يدل على المقدار بدليل وقوعه جوابا عنه، إذا قيل كم رايت من الرجال؟ فيقول رأيت رجلا.

والسؤال عن المقدار، إنما يصح أن يجاب عنه بالمقدار، فعلم أن للتنوين دلالة على المقدار، ولا دلالة له على ما زاد على الواحد، فحينئذ، فقوله اعتق رقبة بمثابة اعتق رقبة واحدة لا سيما على قاعدة الحنفية، فإن عندهم انضمام ما زاد على الواحد من الأعداد إلى الواحد يبطل وحدة الواحد.

* * *

التواطؤ

قبل العقد ليس بمنزلة المشروط فيه على الأصح.

كما إذا اتفقوا على مهر سرا، وأعلنوا زيادة[١]، وكما، لو قالت لزوجها: هذا الثوب هروى، فقال لها: ان اعطيتنى هذا الثوب، فإنت طالق، فأعطته، فبان مرويًا[٢]، ولو تواطأ على البيع بشرط أن يقرضه شيئا، ثم عقداه، فهل يبطل؟ وجهان: مبنيان على أن التواطؤ، هل يلحق بالمشروط فى العقد؟ وجهان: أصحهما لا: فعلى هذا يصح البيع والقرض، قال فى الكافى: وهل يحل باطنا يحتمل؟ وجهان: أصحهما عندى يحل لحديث: عامل أهل خيبر.

ويستثنى ما إذا دفع إلى خياط ثوبا، وقال: إن كان يكفينى هذا قباء فاقطعه فقطعه فلم يكفه، فإنه يجب الأرش، ولو قال: أيكفينى هذا قباء، فقال: نعم، فقال: اقطعه فقطعه فلم يكفه، فلا شيء عليه قطعًا[٣].

* * *

التوبة يتعلق بها مباحث

الأول: التوبة لغة الرجوع ولا يلزم أن تكون عن ذنب، وعليه يحمل قوله صلى الله عليه وسلم: «انى لأتوب إلى الله فى اليوم سبعين مرة»[٤]، فإنه رجع عن الاشتغال بمصالح الخلق إلى الحق ﴿ **فإذا فرغت فانصب**﴾ [الشرح: ٧] الشرح، ثم إنما فعل ذلك تشريعا وليفتح باب التوبة للناس كما أنه ﷺ إنما صلى، وصام، ونكح، لنا أى ليعلمنا كيف الطريق إلى الله تعالى، وقد سئل بعض أكابر القوم عن قوله تعالى: ﴿**لقد تاب الله على النبى**﴾ [التوبة: ١١٧]، من أى شيء، فقال: عرض بتوبة من لم يذنب سترا لمن أذنب.

---

(١) فالمذهب وجوب ما عقد به اعتبارًا بالعقد لأن الصداق يجب به سواء كان العقد بالأقل أم بالأكثر. وعلى هاتين الحالتين حملوا نص الشافعى فى موضع على أن المهر مهر السر وفى آخر على أنه مهر العلانية والطريقة الثانية تحكى قولين فى الحالة الثانية ومنهم من أثبتهما فى الحالة الأولى أيضا، قال ابن القاسم: وهذه المسألة تنبنى على ثلاث قواعد فى كل منها خلاف:
الأولى: الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام.
الثانية: أن الإبهام فى الشروط هل يؤثر فيها.
والثالثة: أن الشرط قبل العقد هل يلحقه.
انظر: مغنى المحتاج (٣/٢٢٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٤١٣، ٤١٤).

(٣) ذكره الرافعى فى الروضة بنصه (٥/٢٣٨).

(٤) أخرجه ابن حبان فى صحيحه (٢/١٩٨) الإحسان.

يشير الشيخ: إلى أنه لا يدخل أحد مقاما من المقامات الصالحة إلا تابعا له صلى الله عليه وسلم فلولا ذكر توبته عليه ما حصل لأحد توبة، وأصل هذه التوبة أخذ العلقة من صدره الكريم، صلى الله عليه وسلم، وقيل: هذه حظ الشيطان منك، وهذا أولى ما يقال في هذا المقام ويعتمد.

وأما في الشرع فالرجوع عن التعويج إلى سنن الطريق المستقيم.

والتوبة فرض عين في حق كل أحد، لا يتصور أن يستغني عنها أحد من البشر، لأنه لا يخلو من معصية الجوارح، وإن تصور خلوه عنها لم يخل عن الهم بالذنوب، ولأن تصور خلوه عنه لم يخل عن وسواس الشيطان بإيراد الخواطر المتفرقة المذهلة عن ذكر الله تعالى، وان خلا عنها فلا يخلو من غفلة وقصور في العلم بالله تعالى.

كل ذلك على قدر منازل المؤمنين في أحوالهم ومقاماتهم والكل يفتقر إلى التوبة وإنما يتفاوتون في المقادير، فتوبة العوام من الذنب، والخواص من الغفلة، ومن فوقهم من ركون القلب إلى غير الله تعالى.

الثاني: في حكمها وهي واجبة على الفور، فمن أخرها زمنا يتسع لها صار عاصيا بتأخيرها، قال الشيخ عز الدين: وكذلك يتكرر عصيانه بتكرر الأزمنة المتسعة لها فيحتاج إلى توبة من تأخيرها، قال: وهذا جار في كل ما يجب تقديمه من الطاعات، انتهى.

وما قاله الشيخ حسن غريب: وهو جار على قاعدتنا في أنه يلزم الغاصب إذا هلك المغصوب أعلى[1] القيم، لأنه عاص في كل زمن إلى آخره.

الثالث: أنها واجبة من الكبائر والصغائر.

أما الكبائر فبالإجماع.

وأما ما ورد من إطلاق غفران الذنوب جميعها على فعل بعض الطاعات من غير توبة لحديث: «الوضوء يكفر الذنوب»[2].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٥/٢٥).

(٢) بلفظ: «من توضأ غفر الله له ذنوبه»، أخرجه: مسلم في الطهارة (١/٢٠٨)، ح(٢٣٢/١٣). والنسائي في الإمامة (٢/٨٤) باب المحافظة على الصلوات حيث ينادى بها. بلفظ: «الوضوء يكفر ما قبله»، أخرجه: الإمام أحمد في مسنده (٥/٢٩٧)، ح(٢٢٢٢٤).

وحديث: «من صام رمضان إيمان وإحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه»[1]، «ومن صلى ركعتين لا يحدث فيهما نفسه غفر له ما تقدم من ذنبه»[2]، «ومن حج فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه»[3]، ونحوه، فحملوه على الصغائر فإن الكبائر لا يكفرها غير التوبة ونازع فى ذلك صاحب الذخائر، وقال: فضل الله أوسع، وكذلك قال ابن المنذر فى الأشراف فى كتاب الاعتكاف فى قوله ﷺ: « من قام ليلة القدر إيمانا واحتسابا غفر له ماتقدم من ذنبه»[4]، قال: يغفر له جميع ذنوبه صغيرها وكبيرها وحكاه ابن عبد البر فى التمهيد، عن بعض المعاصرين له، قيل: يريد به أبا محمد الأصيلى المحدث: أن الصغائر والكبائر، يكفرها الطهارة، والصلاة لظاهر الأحاديث، قال: وهو جهل بين وموافقة للمرجئة فى قولهم، ولو كان كما زعموا لم يكن للأمر بالتوبة معنى، وقد أجمع المسلمون أنها فرض والفروض لا يصح شىء منها إلا بقصد، ولقوله ﷺ: «كفارات لما بينهن ما اجتنبت الكبائر»[5].

وأما التوبة من الصغائر فواجبة عند الأشعرى، وخالف فيه أبو هاشم بن الجبائى، وادعى أئمتنا الإجماع على الوجوب، ونسب أبا هاشم إلى خرق الإجماع، وقال بعضهم إذا تاب من الكبائر اندرجت الصغائر فى ضمنها، لقوله تعالى: ﴿**إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم**﴾ [النساء: ٣١].

لكن ينبغى أن لا يطمع فى ذلك، ويجهد نفسه فى التوبة عن جميع الذنوب صغيرها

---

(١) أخرجه البخارى فى الصوم (١٣٨/٤)، ح(١٩٠١). ومسلم فى صلاة المسافرين (٥٢٣/١)، ح(٧٦٠/١٧٥).

(٢) متفق عليه أخرجه: البخارى فى الوضوء (٣١١/١، ٣١٢)، ح(١٥٩). ومسلم فى الطهارة (٢٠٤/١، ٢٠٥)، ح(٢٢٦/٣). وأبو داود فى الطهارة (٢٦/١)، ح(١٠٦). والنسائى فى الطهارة (٥٦/١) باب/ المضمضة والاستنشاق..

(٣) أخرجه البخارى فى الحج (٤٤٦/٣)، ح(١٥٢١). ومسلم فى الحج (٩٨٣/٢)، ح(١٣٥٠/٤٣٨). والترمذى فى الحج (١٦٧/٣)، ح(٨١١). والنسائى فى الحج (٨٥/٥) باب فضل الحج. وابن ماجه فى المناسك (٩٦٤/٢، ٩٦٥)، ح(٢٨٨٩). والدارمى فى المناسك (٤٩/٢)، ح(١٧٩٦). والإمام أحمد فى مسنده (٣٠٧/٢)، ح(٧١٥٥).

(٤) متفق عليه، تقدم تخريجه فى حديث من صام رمضان احتسابًا .... الخ.

(٥) أخرجه مسلم فى الطهارة (٢٠٩/١)، ح(٢٣٣/١٤). والترمذى فى المواقيت (٤١٨/١)، ح(٢١٤). وابن ماجه فى الطهارة (١٩٦/١)، ح(٥٩٨). والإمام أحمد فى مسنده (٣٠٧/٢)، ح(٧١٤٨).

وكبيرها، والظاهر أن الواجب فى الصغائر أحد الأمرين، أما التوبة عنها عينا، أو فعل ما يكفرها من الصلاة واجتناب الكبائر.

وقال المحب الطبرى فى أحكامه: اختلف العلماء فى أن تكفير الصغائر بالعبادات، هل هو مشروط باجتناب الكبائر على قولين:

إحداهما: نعم: وهو ظاهر قوله ﷺ «ما اجتنبت الكبائر» وظاهره الشرطية، فإذا اجتنبت، كانت مكفرات لها، وإلا فلا.

وذكر ابن عطية فى تفسيره: أن هذا قول الجمهور، وقال بعضهم: لا يشترط والشرط فى الحديث بمعنى الاستثناء والتقدير مكفرات ما بينهن، إلا الكبائر، قال: وهذا أظهر لمطلق، حديث خروج الخطايا من أعضاء الوضوء مع قطر الماء(١).

واختلفوا فى التكفير، هل يشترط فيه التوبة؟ ولعل الخلاف مبنى على التأويلين فمن جعل اجتناب الكبائر شرطا فى تكفير الصغائر، لم يشترط التوبة وجعل هذه خصوصية لمجتنب الكبائر، ومن لم يشترطه اشترط التوبة وعدم الإصرار، ويدل عليه حديث الذى قبَّل المرأة ثم ندم، فأخبره النبى ﷺ أن صلاة العصر كفرت عنه(٢)، وكان الندم قد تقدم منه.

والندم توبة، لكن ظاهر إطلاق الحديث يقتضى أن التكفير، كان بنفس الصلاة، فإن التوبة بمجردها تجب ما قبلها، فلو اشترطناها مع العبادات، لم تكن العبادات مكفرة، وقد ثبت، أنها مكفرات، فسقط اعتبار التوبة معها.

والحاصل أن قوله ما اجتنبت الكبائر، هل هو قيد فى التكفير حتى لو كان مصرا على الكبائر، لم يغفر له شىء من الصغائر، أو هو قيد التعميم أى تعميم المغفرة، فعلى هذا تغفر الصغائر، وإن ارتكب الكبائر، والأقرب الثانى، وإلا لم يكن لذلك تأثير فى التكفير، لأن الصغائر تكفر باجتناب الكبائر بدليل قوله تعالى: ﴿**إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه**﴾ [النساء: ٣١].

---

(١) أخرجه مسلم فى الطهارة (٢١٥/١)، ح(٢٤٤/٣٢). والإمام مالك فى الموطأ فى الطهارة (٣٢/١)، برقم(٣١). والإمام أحمد فى مسنده (٤٠٥/٢)، ح(٨٠٤٠).

(٢) بدون ذكر العصر، أخرجه: البخارى فى التفسير (٢٠٦/٨)، ح(٤٦٨٧). ومسلم فى التوبة (٢١١٥/٤)، ح(٢٧٦٣/٣٩). والترمذى فى التفسير (٢٩١/٥)، ح(٣١١٤). والإمام أحمد فى مسنده (٥٠١/١)، ح(٣٦٥٢).

قال صاحب الإحياء: واجتناب الكبيرة، إنما يكفر الصغيرة، إذا اجتنبها مع القدرة والإرادة، كمن تمكن من امرأة ويقدر على جماعها فيقتصر على النظر واللمس، فإن مجاهدة نفسه، فى الكف عن الوقاع أشد تأثيرا فى تنوير قلبه من إقدامه على النظر فى اطلاقه، فإن كان عنينا لم يكن امتناعه، إلا بالضرورة للعجز أو كان قادرًا، لكن امتنع لخوف من أمر آخر فهذا لا يصلح للتكفير أصلا، قال: وكل من لا يشتهى الخمر بطبعه، ولو أتيح له لما شربه، فاجتنابه لا يكفر عنه الصغائر التى هى مقدماته كسماع الملاهى(١).

الرابع: فى شروطها، فإن كانت المعصية مستصحبة، فالمشهور أنها ثلاثة:

الأول: الندم على الفعل، وعلامة صحة الندم، رقة القلب وغزارة الدمع(٢).

والثانى: الاقلاع فى الحال(٣).

والثالث: العزم على عدم العود، لعلمه أن المعاصى حائلة بينه وبين معبوده، وإن كانت المعصية غير مستصحبة فشرطان الندم والعزم(٤).

وفى الحقيقة ركن التوبة الندم، كما فى الحديث: «الندم توبة»(٥)، لكن لا يتحقق الندم إلا بمجموع ما ذكرنا، إذ يستحيل تقدير أن يكون نادما على ما هو مصر على مثله أو عازم على الإتيان بمثله.

ولهذا قيل: فى حد التوبة ذوبان الحشى لما سبق من الخطأ.

ولهذا قيل: الندم ركنها، والآخران شرط.

وحاصل الخلاف أنهما شطر، أو شرط وشرط أرباب القلوب، أن يترك الذنب لله خالصا، كما ارتكبه لهواه خالصا.

قال العبادى: ومن ارتكب معصية سرا، فتوبته أن يندم ويقلع عنها سرا، فإن ظهر ذلك فيتوب علانية.

---

(١) ذكره حجة الإسلام الإمام الغزالى بنصه. انظر: إحياء علوم الدين (٤/٢٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١١/٢٤٥).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (٤/٤٣٩).

(٤) انظر: نهاية المحتاج للرملى (٨/٣٠٨).

(٥) أخرجه ابن ماجه فى الزهد (٢/١٤٢٠)، ح(٤٢٥٢). والإمام أحمد فى مسنده (١/٤٩٠)، ح(٣٥٦٧).

قال ابن عبد السلام: وقد تكون التوبة بمجرد النية، وذلك فى حق من عجز عن العزم والإقلاع، فلا يسقط المقدور عليه بالمعجوز عنه، كما لايسقط ما قدر عليه من أركان الصلاة بما عجز عنه، وذلك كتوبة الأعمى عن النظر المحرم، وتوبة المجبوب عن الزنى.

قلت: وهذا أولى من قول الغزالى رحمه الله، فيما سبق أنه لا تصح توبته[١].

قال: لأن التوبة عبارة عن ندم يبعث على الترك فيما يقدر على فعله، وما لا يقدر عليه، فقد انعدم بنفسه لا بتركه إياه.

وقريب من هذا، مالو آلى من زوجته ثم جب، وقال إمام الحرمين: فيئه باللسان، بأن يقول، لو قدرت لفئت[٢]، ولا يقول، إذا، واعتبر المحاملى وغيره من العراقيين أن يقول معه ندمت على ما كان منى.

فرع: من علم الله تعالى منه الإصرار على ذنب، وطبع على قلبه فى ذلك الذنب، قال الحليمى: امتنعت توبته منه، ولم تمتنع من غيره خلافا لمن زعم أنه لا يمتنع محتجا بأنه مأمور بها، ورد بأن الأمر يكفى فيه الإمكان الذاتى.

فرع: هل يصح تعليق التوبة على شرط؟

قيل: لا، لأنها الندم، والندم على الماضى، والتعليق يكون فى الاستقبال، وهل يصح على الذنب المظنون؟ قيل: لا، وقيل: يصح مما يظن أنه أثم به.

أما الوجوب، فلا يجب بدون تحقق الإثم.

الخامس: المعصية، إما أن تكون من حقوق الله، أو لآدمى.

الأول: إن كان ترك صلاة أو صوم أو زكاة، فلا تصح التوبة منه حتى ينضم إلى ذلك القضاء[٣].

والثانى: التوبة من حقوق العباد واجبة، ومضالم العباد فيها أيضا معصية، وجناية على حق الله تعالى، فإن الله تعالى، نهى عن ظلمهم فيجب فيها الشروط السابقة، ويزيد رد الظلامة[٤].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٨/٢٥٤).
(٢) انظر: إحياء علوم الدين (٤/٤٠).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١١/٢٤٥).
(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤/٤٣٩).

ثم لا يخلو، إما أن تكون في النفوس، أو الأموال أو الأعراض أو القلوب، وهو الأيذاء المحض.

ففي النفوس، يجب أن يأتي المستحق ويقول: إن شئت أن تستوفي العقوبة وإن شئت فاعف[(١)].

قال العبادي: فإن اقتصر على قوله اعف عني، لا يكون تمكينا، ولا يجوز له الإخفاء، بخلاف، مالو زنى، أو باشر ما يجب فيه حد لله تعالى، فإنه لا يلزمه في التوبة أن يفضح نفسه، بل عليه الستر بستر الله ويقيم حد الله تعالى على نفسه، بأنواع المجاهدة والتعذيب[(٢)].

وفي الأعراض، يأتي من اغتابه ويخبره بما قال فيه حتى يعفو عنه، ولا يكفي الإبهام على الأصح، بل لابد من بيانه ليصح الإبراء عنه[(٣)]، وجزم به في الإحياء، قال: اللهم، إلا أن يكون لو ذكر، أو عرفه لتأذى بمعرفته كزناه بجاريته أو أهله، أو نسبه باللسان إلى عيب من خفايا عيوبه، يعظم أذاه بذكره، فقد أنسد عليه طريق الاستحلال فليس له، إلا أن يستحل منهما ويبقى له مظلمة، فليجبره بالحسنات، كما يجبر مظلمة الميت والغائب، وإن لم يبلغ المغتاب[(٤)].

فقال الحناطي: يكفيه الندم والاستغفار، وزاد غيره، أنه لا يجوز إبلاغه لما فيه من الإيذاء، وحكاه ابن عبد البر، عن الإمام الورع عبد الله بن المبارك، وقد ناظر سفيان في ذلك فقال: لا يؤذه مرتين، فإن تعذر لموته أو تعسر لغيته البعيدة، استغفر الله تعالى، ولا اعتبار بتحليل الورثة، كذا قاله الحناطي، وهو يدل على أنهم لا يورثون هذا الحق.

وأما الحسد، فجعله العبادي: كالغيبة، وخالفه النووي، وقال المختار: المنع، ولو قيل يكره، لم يبعد[(٥)].

وفي الأموال، فيجب أداؤه عينا كان أو دينًا، ما دام مقدورا عليه، فإن كان صاحب المال غائبا عزم على أدئه، إذا ظفر به في أسرع وقت، فإن مات دفع إلى وارثه، فإن لم

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٣٩).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٨/٣٠٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٤٠).

(٤) انظر: إحياء علوم الدين (٤/٣٦).

(٥) ذكره في زوائد الروضة (١١/٢٤٧).

يكن فإلى الحاكم، فإن لم يكن حاكم تصدق به على الفقراء والمساكين[١]، فإن كان معسرا عزم على أنه، إذا وجد أعطي، وإن مات على هذه النية يرجى له العفو من الله تعالى[٢].

قال: ولو كان له على رجل حق، ولم يعلم أن له عليه شيئا، ولم يطالب حتى مات من عليه، قال بعضهم: ينتقل الحق لوارثه هكذا كلما مات واحد انتقل للآخر، وقيل: إن طالبه صاحب الحق بالأداء، وحلف عليه تعين له، ولا ينتقل لوارثه لأنه استقصى فى طلب حقه، فيبقى له، ولكن هذا بشرطين، أن لا يدفع إلى وارثه، ولا يبريه وارثه، فإن أدى حقه إلى وارثه أو أبرأه وارثه سقط الحق من ذمته.

وحكى الرافعي: فيما لو قصر المديون ومات المستحق واستحقه وارث بعد آخر ثلاثة أوجه، أرجحها، وبه أفتى الحناطى أنه لصاحب الحق أولا، والثانى لآخر وارث[٣]، والثالث ذكره العبادى فى الرقم، أنه يكتب الآخر لكل وارث مدة حياته، ثم بعده لمن بعده[٤].

السادس: التوبة هل تسقط الحد؟

ينظر إن كان محض حق الآدمي، كحد القصاص والقذف، لم يسقط كالديون، ولهذا، لو أتلف مالا ثم مات، لم يبرأ من الغرم[٥].

وان كان محض حق الله تعالى وتاب منه إلى الله التوبة النصوحة، فإن قبل الدفع إلى الإمام فأطلق الحليمى سقوط الحد، وإن كان بعد الدفع إليه، وقال: تبت لم يسقط[٦].

قال البيهقي: هذا منصوص عليه فى المحاربين، وقد علق الإمام الشافعي القول به فى غيرهم، لأن الله تعالى إنما ذكر الاستثناء بالتوبة منهم دون غيرهم.

قلت: أما قاطع الطريق يتوب قبل القدرة عليه فيسقط تحتم القتل عنه وقطع الرجل

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١١/٢٤٦).

(٢) نقله الرافعي، عن العبادى. انظر: روضة الطالبين (١١/٢٤٦).

(٣) ذكره بنصه الرافعي فى الروضة (١١/٢٤٧).

(٤) ذكره بنصه الرافعي ونقله عنه. انظر: روضة الطالبين (١١/٢٤٨).

(٥) قال النووى فى زوائد الروضة: رجح الرافعي فى المحرر منع السقوط وهو أقوى والله أعلم. انظر: روضة الطالبين (١٠/١٥٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٥٩).

والصلب[١]، لقوله تعالى: ﴿الا الذين تابو من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤].

وأما حد الزنى والسرقة والشرب ففى سقوطها بالتوبة قولان، أصحهما المنع ورجح الماوردى، والرايانى، والمحاملى فى المقنع السقوط أيضا كالحرابة قالوا: وحكمه حكم المحارب إلا أن غير المحارب يشترط فى حقه التوبة وإصلاح العمل، والمحارب يشترط فى حقه التوبة[٢]، فقط لقوله تعالى فى الزنى: ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]، وفى قطع السرق: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ [المائدة: ٣٩]، وقال فى قاطع الطريق: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٤].

ولك أن تقول: لم لا حمل المطلق على المقيد، ولعلهم بنوه على أن الحمل من باب القياس وهو لا يدخل فى الحدود، والظاهر أن الخلاف فى حكم الدنيا لعدم اطلاعنا على خلوص التوبة، أما فى الآخرة فالله عالم بالسراير، فإذا علم خلوص توبة عبد لم يطالبه لما أخبر عنه ﷺ أن التوبة تجب ما قبلها من غير معارض لذلك.

وفى أمالى ابن عبد السلام: إذا قلنا التوبة لا تسقط الحد فأى شيء تسقطه؟ قلنا: تسقط الإثم فى الدار الآخرة، فلو مات بعد التوبة قبل استيفاء الحد فلا شيء عليه، لأنه لا يجب عليه سوى التمكين من نفسه عند اطلاع الإمام عليه، فإن لم يظهر عليه سقط شرط وجوب التمكين، ويستثنى من قولنا الحدود لا تسقط بالتوبة أربع صور:

إحداها: إذا زنى الذمى ثم أسلم أنه يسقط عنه الحد نص عليه الشافعى، ونقله فى الروضة فى السير[٣].

ثانيها: قاطع الطريق إذا قتل ومات قبل القدرة عليه، سقط عنه الحد المتحتم[٤].

ثالثها: المرتد يسقط حده بالتوبة وهى العود إلى الإسلام[٥].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٥٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠/١٥٨).

(٣) قال النووى: ولو وجب على ذمى حد زنى فأسلم، نقل ابن المنذر فى الأشراف، عن نص الشافعى رحمه الله، أنه يسقط عنه الحد، وحكاه عن مالك أيضا ورواية عن أبى حنيفة، وقال أبو ثور: لا يسقط. انظر: روضة الطالبين (١٠/١٦٠).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٠/٨٢).

(٥) أجاب عن ذلك الخطيب الشربينى فقال: لأن الحد إنما هو على ترك فعل الصلاة وقد فعل=

رابعها: تارك الصلاة يسقط حدها بالتوبة وهى العود لفعل الصلاة كالمرتد، بل هو أولى بذلك منه، وغلط بعضهم فقال: كيف تنفع التوبة فيه، لأنه كمن سرق نصابا ثم رده لا يسقط القطع[1]، وهذا كلام من ظن أن التوبة لا تسقط الحدود أصلا، وليس كذلك لما ذكرنا.

البحث السابع: الإسلام يجب ما قبله قطعا، والتوبة تجب ما قبلها ظنا على الصحيح وتفيد الأحكام السابقة من الولاية وقبول الشهادة وغيرها من الأحكام إلا فى صور:

إحداها: فى الإحصان فمن زنى مرة ثم تاب وأصلح لم يعد محصنا، ولو قذفه قاذف لا يحد[2].

الثانية: شهد، فُردَّ لفسقه ثم تاب فأعادها، لم يقبل فى الأصح، وكذا لو ردت لعداوة فزالت ثم أعادها[3].

الثالثة: اشترى عبدًا فوجده قد زنى فى يد البائع وتاب، للمشترى الرد لأن ذنب الزنى لا يزل، بالتوبة، ولهذا لا يحد قاذفه قاله القاضى الحسين فى فتاويه.

الرابعة: التائب من الكذب فى حديث رسول الله ﷺ لا تقبل روايته أبدًا كما قاله الصيرفى وغيره، وفى الحاوى أن من استتر بالمعصية إذا تاب قبل ظهور حاله يعود بعد التوبة إلى حاله قبل المعصية، فإن كان ممن تقبل شهادته قبل المعصية قبلت بعد التوبة ولم يتوقف لاستبراء صلاحه، لأنه لم يظهر بما كان عليه مستورا إلا عن صلاح يغنى عن استبراء الحال.

وإن كان ممن لا تقبل شهادته قبل المعصية لم تقبل بعد التوبة، ووجب التوقف لاستبراء حاله لجواز التصنع، وذكر بعد هذا أن المرتد إذا أتى بما يكون به تائبا عاد إلى حاله قبل ردته، فإن كان ممن لا تقبل شهادته قبل ردته لم تقبل بعد توبته حتى تتبين شروط العدالة، وإن كان ممن يقبل قبل الردة نظر فى التوبة، فإن كانت عند عرضه للقتل

=الصلاة التى كان الحد لأجل تركها كما قاله الأذرعى وغيره، أو أنه على تأخير الصلاة عن الوقت عمدًا مع تركها فالعلة مركبة منها كما قاله ابن شهبة فإذا صلى زالت العلة وهذا أولى.

انظر: مغنى المحتاج (١/٣٢٨).

(١) انظر: روضة الطالبين (٨/٣٢٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١١/٢٣٨).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٤٦).

لم تقبل شهادته بعد التوبة إلا أن يظهر منه شروط العدالة باستبراء حاله، وإن تاب قبل ذلك عاد بعد التوبة إلى عدالته.

الثامن: أن الأعمال ما يرفع الذنب السابق ولا يدفع اللاحق وهو الكثير.

ومنها: ما يرفع الذنب السابق واللاحق ويسمى رافعا دافعا، كصوم عرفة فإنه رافع لذنوب السنة الماضية ودافع لذنوب السنة المستقبلة[١]، كما ثبت به الحديث الصحيح[٢].

قال الرويانى فى البحر: وليس لنا عبادة تكفر ما بعدها غير صوم عرفة، وليس كما قال ففى الحديث: «الجمعة إلى الجمعة كفارة لما بينهما وزيادة ثلاثة أيام»[٣]، وصدقة الفطر طهرة للصائم من لغوه ورفثه الواقع فى رمضان[٤]، كما جاء فى الحديث[٥].

ويجوز تقديمها من أول رمضان، وحينئذ فتكون دافعة لما يقع فى الصيام من اللغو والرفث، وإن تأخرت كانت رافعة[٦]، ويقع السؤال كثيرا عن هذا التكفير هل هو فى حق من عليه ذنب فقط أم يعم؟ وأجيب بأن من صامه إما أن يكون عليه ذنوب أم لا، فإن كان فالصوم يكفر القدر المذكور، وإلا فيعطى من الثواب قدر ما يكفر ذلك القدر لو كان عليه ذنوبه، وكذلك نقول: الصلاة لها فضلان: أحداهما الكفارة المذكورة بشرط اجتناب الكبائر والثواب المترتب عليها، وقد يكون فى فضله ما يدفع الكبائر أيضا، ويشهد له قوله تعالى: ﴿**إن الحسنات يذهبن السيئات**﴾ [هود: ١١٤].

التاسع: يشترط فى التوبة من الفسق لقبول الشهادة مضى مدة الاستبراء، لأن التوبة من أعمال القلوب، وهو متهم بإظهارها لترويج شهادته وعود ولايته، فلابد من اختباره مدة يغلب على الظن فيها أنه قد صلح عمله وسريرته[٧].

ثم المحققون قالوا: لا يتقدر بمدة بل ما يغلب على الظن حصول العدالة[٨]، وقال

---

(١) أخرجه مسلم فى الصيام (٢/٨١٨، ٨١٩)، ح(١١٦٢/١٩٦). وأبو داود فى الصوم (٢/٣٣٣،٣٣٤)، ح(٢٤٢٥). والترمذى فى الصوم (٣/١١٥)، ح(٧٤٩). وابن ماجه فى الصيام (١/٥٥١)، ح(١٧٣٠). والإمام أحمد فى مسنده (٥/٣٦٢)، ح(٢٢٦٨٧).

(٢) أخرجه مسلم فى الجمعة (٢/٥٨٨)، ح(٨٥٧/٢٧). والترمذى فى الصلاة (٢/٣٧١)، ح(٤٩٨). وابن ماجه فى إقامة الصلاة (١/٣٤٦، ٣٤٧)، ح(١٠٩٠).

(٣) انظر: مغنى المحتاج (١/٤٠١).

(٤) أخرجه أبو داود فى الزكاة (٢/١١٤)، ح(١٦٠٩). وابن ماجه فى الزكاة (١/٥٨٥)، ح(١٨٢٨).

(٥) انظر: مغنى المحتاج (١/٤١٦).

(٦) انظر: نهاية المحتاج (٨/٣٠٧).

(٧) انظر: نهاية المحتاج (٨/٣٠٧).

(٨) نقل الخطيب الشربينى هذه الأقوال فى مغنى المحتاج (٤/٤٣٨).

اخرون: تتقدر، فقال أكثرهم: سنة وهل هى تحديد أو تقريب وجهان فى الحاوى، وقيل: ستة أشهر، وقيل: شهران، وقيل: شهر، حكاها البغوى فى تعليقه على المختصر والمختار الأول[١]. قال الإمام: وكيف الطمع والتقدير لا يثبت إلا توقيفا.

وقد استثنى الشيخ أبو إسحاق: فى التنبيه صورتين لا يحتاج فيهما إلى استبراء الكافر يسلم ومن ردت شهادته لنقصان مروءته إذا ترك لم يحتج لاستبراء، والظاهر أنه لابد منه فى الجملة وحصول غلبة الظن بالعود إلى حفظ المروءة، وقد حكى الإمام عن الأصحاب: أن المبادر بالشهادة إذا جرحناه يستبرأ، أيضا ولا يبلغ استبراءوه مبلغ استبراء الفاسق يتوب، وما أطلقه الشيخ من إسلام الكافر يستثنى منه ما إذا أسلم المرتد عند عرض القتل عليه فلابد من الاستبراء كما سبق عن الماوردى[٢].

ومما لم يذكر الأصحاب فيه الاستبراء مسائل:

إحداها: إذا عضل الولى ثلاثا ثم زوجها من عضل صح، ولم يعتبروا مضى الاستبراء[٣].

الثانية: إذا امتنع القاضى من الولاية المتعينة عليه عصى، فلو قبلها جاز وصحت ولايته، قال الرافعى: وينبغى أن يستتاب فإن تاب[٤] ولى، وكذا، قال فى العاضل وجوابه أن الذى حصل الفسق بسببه زال يقينا فأشبه الكافر يسلم بخلاف التوبة عن الخمر ونحوه غير محققة، فاشترط الاستبراء، ونظيره تجويز إساغة اللقمة بالخمر لزوال المحذور يقينا ولا يتدوى بها لأن الشفاء مظنون.

الثالثة: إذا شهد عند القاضى بزنى شخص، ولم يكتمل النصاب، فإنه يحد، ولا يشترط فى حقه استبراء فى الأصح إذا تاب، وقبل التوبة لا تقبل شهادته وتقبل روايته، وقيل: لا كالشهادة[٥].

الرابعة: لو غرم الغارم فى معصية، ولم يتب لم يدفع إليه سهم الغارمين، فإن تاب اعطى فى الأصح، قال الرافعى: ولم يشترطوا مدة زمن الاستبراء، إلا أن الرويانى قال:

---

(١) انظر: مغنى المحتاج (٤٣٩/٤).

(٢) انظر: مغنى المحتاج (٤٣٩/٤).

(٣) تعقبه النووى فقال: وينبغى أن يقال لا يفسق لأنه لا يمتنع غالبًا إلا متأولا وهذا ليس بعاص قطعا وإن كان مخطئا. انظر: روضة الطالبين (٩٢/١١).

(٤) انظر: مغنى المحتاج (٤٣٩/٤).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣١٧/٢).

يعطى إذا غلب على الظن صدقه، قال النووى: لابد من ذلك، وإن قصرت المدة[١].

الخامسة: ظاهر كلامهم اعتبار اختباره فى الاستبراء، لكن قال الماوردى: لو شهدا بجرحه فى سنة أو بلد، ثم شهد اثنان بتعديله فى سنة بعدها، أو فى بلد آخر انتقل إليه، حكم بتعديله لأنه قد يتوب وينتقل عن الفسق إلى العدالة، ويهفو كثير من الناس ثم يستقيموا، وهذا حكم منه بالتعديل بمضى الزمان من غير مراقبة، ولا اختيار.

تنبيهان: **الأول**: قال فى البسيط: الاستبراء واجب فى جميع الكبائر، والمراد به ما ألحق بها من الصغائر التى ترد بها الشهادة، لا سيما على القول بوجوب التوبة منها، كما سبق.

الثانى: أن الاستبراء فى التوبة إنما هو بالنسبة لقبول الشهادة، أما الرواية فلا، ولهذا لو حد بعض شهود الزنى لنقص النصاب لم تقبل شهادتهم، حتى يتوبوا، وفى قبول روايتهم قبل التوبة، وجهان فى الحاوى، قال: وأشهرهما القبول، والأقيس عدم القبول كالشهادة[٢].

* * *

التيمن

إنما يطلب بين العضوين اللذين لإحداهما مزية على الآخر، كاليدين والرجلين تقدم يمناهما فى الطهارة والمصافحة والأكل والشرب، لتمييزها بالقوى المودعة فيها، ولأنها أشرف العضوين، ولهذا كره الاستنجاء بها، وأن تمس بها السوأتان[٣].

وأما العضوان اللذان لا شرف لإحداهما على الآخر كالأذنين، فلم يقدم الشرع مسح يمناهما على يسراهما، إذ لا فضل ليمناهما فى المصلحة المقصودة منهما[٤]، وكذلك لم يقدم يمين الخدين على الآخر[٥]، نعم يخرج عن هذا حلق الرأس فإنه يستحب البداءة بالجانب الأيمن مع تساوى الشقين[٦].

* * *

---

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى (١٣/٢٣٦).
(٢) انظر: الأشباه والنظائر (٢/٥٣٠).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١/٧٠).
(٤) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٠).
(٥) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٠).
(٦) انظر: مغنى المحتاج (١/٦٠).

حرف الجيم

الجائز[1]

(الجواز) يطلق فى ألسنة حملة الشريعة على أمور:

أحدها: على رفع الحرج، أعم من أن يكون واجبًا أو مندوبًا أو مكروهًا.

الثاني: على مستوى الطرفين، وهو التخيير بين الفعل والترك.

الثالث: على ما ليس بلازم وهو اصطلاح الفقهاء فى العقود، فيقولون الوكالة، والشركة والقراض، عقد جائز، ويعنون به ما للعاقد فسخه بكل حال، إلا أن يؤول إلى اللزوم.

قال القاضى أبو الطيب فى كتابه فى الأصول: ولا يرد عليه البيع المشروط فيه الخيار، وإذا كان فى المبيع عيب، فإنه يؤول إلى اللزوم، وكذلك الرهن، فإنه من العقود اللازمة؛ لأنه يؤول للزوم.

وقد يجرى فى كلام الأصحاب: جاز كذا وللولى أن يفعل كذا ويريدون به الوجوب وذلك ظاهر فيما إذا كان الفعل دائرًا بين الحرمة والوجوب فيستفاد بقولهم يجوز رفع الحرمة، فيبقى الوجوب. ولهذا لا يحسن قولهم فيمن علم دخول شهر رمضان بالحساب أنه يجوز له الصوم؛ لأن مثل هذا الفعل لا يتنفل به، وكذا قولهم فى الصبى: لا يصح إسلامه؛ لأنه لو صح لوجب.

* * *

---

(١) قال إمام الحرمين الجوينى: الجواز فى اللغة: هو الشك فإذا قال: جاز كذا فقد أخبر عن شكه المُخبَر عنه بهذا الخبر.

وفى عرف علماء الدين: مختلف فى الاستعمال فيقال: جاز، بمعنى: حلَّ، وجاز: بمعنى صحّ.

فيقول: صلاة جائزة بمعنى الصحة، وبيع جائز، أى صحيح ويكثر استعماله بمعنى: الإباحة والحلِّ. وهو فى عرف المتكلمين: نقيض المال. وقد يضاف الجواز إلى العقود لا بمعنى الصحة لكن بمعنى نفى اللزوم، فيقال: عقد جائز الطرفين، على معنى أن من أُضيف إليه الجواز فى عقده يجد عنه فكاكًا كالوكالة والشركة والجعالة.

فإذا أطلق فى العقد كان الجواز فيه من الطرفين وإن خص بأحدهما: فهو الذى يجد عنه فكاكًا، كما يقال: الرهنُ جائز من المرتهن، والكتابة جائزة للعبد. وإضافته إلى العبادات بمعنى الإحسان لا غير وقد يستعمل فى المقدور كونه كما يقال: يجوز من الله تعالى، أن يخلق ما يشاء، معناه: أنه يقدرُ على ما يشاء. انظر: الكافية فى الجدل لإمام الحرمين الجوينى [ص/٤٢، ٤٣].

الجبران

يكون فى مواضع:

أحدها: ما لا يجبر، إلا بالعمل البدنى، كالخلل الواقع فى الصلاة بالسجود فى ترك مأمور به مخصوص، أو ارتكاب منهى عنه[١]، ولا يدخل الجبر فى كل السنن المؤكدة ولا فى الواجب، بل لابد من الإتيان بعينه، وما ورد فى الحديث أن النوافل جوابر للفرائض[٢]، فقال البيهقى: معنى تكميل الفرائض بها أنها تجبر السنن التى فى الفرائض، ولا يمكن أن يعدل شىء من السنن واجبًا أبدًا، بدليل قوله تعالى: «وما تقرب إلىَّ أحد بمثل أداء ما افترضت عليه»[٣].

الثانى: ما لا يجبر، إلا بالمال فقط، كما فى سن الزكاة الأعلى[٤]، فخرج بالأول، ما لو وجب عليه بنت مخاض، فأخرج فصيلاً مع الجبران، لم يُجز، بلا خلاف؛ لأنه ليس من أسنان الزكاة، ولا هو مما يجزئ فيها، بخلاف الثنية، فإنها تُجزئ فيها، وإن لم تكن من أسنانها، وخرج بالثانى، ما لو وجب عليه بنت لبون، ولم يجدها ووجد ابن لبون فهل يقبل موضع الجبران؟ وجهان: أصحهما المنع[٥]؛ لأن ابن اللبون بدل، والجبران أن يدخل مع الأصول، لا مع الأبدال، ومنه جبر الصوم فى حق الشيخ الهم[٦] بالإطعام[٧]، وكذلك المرضع والحامل[٨] ومؤخر قضاء رمضان حتى دخل آخر[٩].

الثالث: ما يجبر تارة بالعمل البدنى، وتارة بالمال وهو الحج والعمرة، فإنهما يجبران تارة بالصوم فى التمتع والقران، وتارة بالمال كذبح النسك فيه، وتارة يتخير بينهما كارتكاب بعض المحظورات.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١/٢٩٨].

(٢) حديث تكميل الفريضة من التطوع، أخرجه: ابن ماجه فى الإقامة [١/٤٥٨] - ح [١٤٢٥].

(٣) أخرجه البخارى فى الرقاق [١١/٣٤٨- ٣٤٩] - ح [٦٥٠٢]، والبيهقى فى الكبرى فى الاستسقاء [٣/٤٨٢] - ح [٦٣٩٥].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٢/١٥٨، ١٥٩].

(٥) والثانى: الجواز لأن الشرع جعله كبنت المخاض. انظر: روضة الطالبين [٢/١٦٣].

(٦) أى: الهرِم أو الفانى. قال الفيروز أبادى: الهِمُّ والهِمَّة بكسرهما الشيخ الفانى. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادى [٤/١٨٩].

(٧) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٨٢].

(٨) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٨٣].

(٩) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٨٤].

ومنه الصوم تارة يجبر بمثله كالمريض والمسافر، وبالمال كالشيخ الهم، وتارة يجمع بينهما، كما فى الحامل[١].

* * *

الجعالة[٢]

كالإجارة، إلا فى مسألتين:

إحداهما: تعيين العامل.

وثانيتهما: العلم بمقدار العمل.

* * *

الجلسات فى الصلاة أربع

ثنتان واجبتان: وهما الجلوس بين السجدتين والتشهد الأخير[٣].

وثنتان سنتان: وهما جلسة الاستراحة والتشهد الأول[٤].

فأما جلسة الاستراحة ففى التتمة، أنها قدر ما بين السجدتين، وهو مخالف لقول الرافعى، أنها خفيفة[٥]، ولقول النووى فى مجموعه: خفيفة جدًا[٦].

ويستثنى صلاة التسبيح، وقطع الرافعى بأنها للفصل بين الركعتين[٧]، وحكى النووى وجهًا أنها من الثانية[٨]، وأبدى صاحب الذخائر ثالثًا أنها من الأولى.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٨٣].

(٢) الجعالة فى اللغة: من أجْعَلَهُ جُعْلاً وأجَعلَهُ أعطاه، وهى ما جَعَله له على عمله. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادى [٣/٣٣٨]. وشرعًا: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٢/٤٢٩].

(٣) انظر روضة الطالبين [١/٢٦١].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١/٢٦١].

(٥) ذكره بنصه فى الشرح الكبير. انظر: الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٣/٤٨٧].
وقال فى الروضة: أنها جلسة لطيفة. انظر: روضة الطالبين [١/٢٦٠].

(٦) نقله عن الأصحاب وقال: قال أصحابنا: هى جلسة لطيفة جدًا. انظر: المجموع شرح المهذب [٣/٤٤١].

(٧) كذا قطع به الرافعى فى الشرح الكبير. انظر: الشرح الكبير هامش المجموع [٣/٤٨٩].

(٨) حكاه النووى: وقال حكاه فى البيان عن الشيخ أبى حامد. انظر: المجموع شرح المهذب [٣/٤٤٢].

وفائدة الخلاف فى تعليق اليمين بشىء منها[١]، وقد يظهر فى أنه يكبر تكبيرتين أو واحدة، وقد حكاه صاحب (الإقليد)، فإن قلنا فأصلة كبّر ثنتين واحدة لها وأخرى لقيامه، وإن قلنا من الثانية لم يكبر إلا واحدة؛ لأن جزء الركن لا يكبر له.

قال الأصحاب: وإذا صلى جالسًا، لا تشرع فى حقه جلسة الاستراحة ضرورة أنه جالس.

قلت: ينبغى تقديرها فى حقه، كما فى الجلوس بين السجدتين، ومن خصائصها أنه لا يدعو فيها بشىء، إلا فى صلاة التسبيح، فإنه ليس فيها ذكر مخصوص، وأما التى بين السجدتين فهل هى ركن مقصود فى نفسه، أو للفصل؟ وجهان: صحح الدارمى الأول.

وثمرة الخلاف فيما لو قام إلى ثانية سهوًا، ثم تيقن أنه ترك سجدة من الأولى، ولم يكن جلس بين السجدتين، فهل يجلس مطمئنًا، ثم يسجد عقبه أو لا يجب الجلوس بل القيام، يقوم عندالسهو مقام الجلوس بين السجدتين؟ أصحهما الأول، وإن قلنا: مقصود كالسجود، لم يقم عنه القيام، وإن قلنا بالفصل كفى وقد أشار الإمام إلى هذا البناء وهو مشكل على النووى، فإنه رجح الفصل مع أنه أوجب الجلوس بينهما[٢].

* * *

الجماع ودواعيه

قسمه الإمام، رحمه الله، فى كتاب الظهار إلى أربعة أقسام:

أحدها: ما يحرمان فيه، كالحج، والعمرة، والمعتدة، والرجعية، والمستبرئة غير المسبية.

ثانيها: ما يحرم دون دواعيه، كالحيض، ولا يمنع من القبلة، واللمس، ونحوه فى المستبرئة المسبية.

ثالثها: ما يمنع الجماع، وفى دواعيه قولان: وهو الاعتكاف.

رابعها: ما يحرم ولا تحرم دواعيه، إذا لم يحرك الشهوة وهو الصوم، لا يكره إذا لم يخف الإنزال، ولا يفسده إذا لم ينزل[٣].

* * *

(١) كذا ذكره النووى. انظر: المجموع شرح المهذب [٣/٤٤٢].

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب [٤/١١٦، ١١٧].

(٣) نقله عنه السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص ٢٧٣].

الجمع أقله ثلاثة

فلو قال: عليّ دراهم وفسرها بأقل من ثلاثة لا يقبل عندنا[١]، وكذا لو قال: عليّ أن أتصدق بدراهم، لا يخرج عن نذره بأقل من ثلاثة، وهكذا فى اليمين، لو قال: والله ما لى دراهم، وله ثلاثة دراهم حنث فى يمينه.

ولو قال: لله عليّ صوم أيام لزمه ثلاثة[٢]؛ بخلاف ما لو قال: بعتكه بدراهم، لا يصح العقد؛ لأن الثمن يختلف باختلاف المبيع، فيكون مجهولاً[٣]، والبيع لا يقبل الغرور، وحكى القاضى الحسين وجهًا أنه يصح البيع، ويحمل على ثلاثة.

* * *

الجهل يتعلق به مباحث

الأول فى معناه:

قال الرافعى فى كلامه على قاعدة مُدّ عَجْوة: معناه المشهور: الجزم بكون الشىء على خلاف ما هو عليه، ويطلق ويراد به عدم العلم[٤].

قلت: والأول يسمى المركب، والثاني البسيط، ولابد فيه من قيد وهو عدم العلم عما شأنه أن يكون عالمًا، لا عدم العمل مطلقًا، وإلا لَوُصِفت الجمادات بكونها جاهلة.

الثانى: الجهل بالصفة: هل هو جهل بالموصوف مطلقًا أو من بعض الوجوه؟.

المرجح الثاني؛ لأنه جاهل بالذات من حيث صفاتها، لا مطلقًا، ومن ثم، لا نكفر أحدًا من أهل القبلة[٥]، وقد اختلف قول الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فيما إذا نكح وشرط فيها الإسلام، أو فى أحدهما النسب أو الحرية، فاختلف هل يصح النكاح؟ والقول بالصحة[٦]، وهو الجديد مأخذه، أن المعقود عليه معين، لا يتبدل بالخلف فى الصفة والقول بالفساد مأخذه أن اختلاف الصفة، كاختلاف العين.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٤/٣٨٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٣٠٥].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣/٣٦٤].

(٤) كذا ذكره الرافعى نصًا فى الشرح الكبير. انظر: الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٨/١٧٧].

(٥) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/١٣٥].

(٦) قال فى الروضة: وهو الأظهر. انظر: روضة الطالبين [٧/١٨٣].

واعلم أن ابن الرفعة، أخذ من هذا الخلاف خلافًا في تكفير منكري صفات الله تعالى، وقضيته ترجيح عدم التكفير، قال: ولكن المذكور في البيع، إذا قال: بعتك هذا الفرس، وكان بغلا، لا يصح في الأصح.

الثالث: الجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه.

فإذا نطق الأعجمي بكلمة كفر، أو إيمان، أو طلاق، أو إعتاق، أو بيع، أو شراء، أو نحوه، ولا يعرف معناه، لا يؤاخذ بشيء منه؛ لأنه لم يلتزم مقتضاه، وكذلك، إذا نطق العربي بما يدل على هذه العبارة[١]، بلفظ أعجمي لا يعرف معناه: نعم، لو قال الأعجمي: أردت به ما يراد عند أهله: فوجهان، أصحهما كذلك[٢]؛ لأنه إذا لم يعرف معنى اللفظ، لم يصح قصده.

ومثله، لو قال: طلقة في طلقتين، وجهل الحساب، ولكن قصد معناه وقعت طلقة[٣]، وقيل: طلقتان[٤].

ولو نطق العربي بكلمات عربية؛ لكنه لا يعرف معانيها في الشرع، مثل قوله لزوجته: أنت طالق للسنة، أو للبدعة، وهو جاهل بمعنى اللفظ أو نطق بلفظ الخلع، أو النكاح، ففي القواعد للشيخ أبي محمد بن عبد السلام، أنه لا يؤاخذ بشيء إذ لا شعور له بمدلوله حتى يقصده إلى اللفظ، قال: وكثيرًا ما يخالع الجهال بين الأغبياء الذين لا يعرفون مدلول لفظ الخلع، ويحكمون بصحته للجهل بهذه القاعدة وفيما قاله نظر، وقد قالوا فيما لو قال: زنأت، بالهمز، في الجبل أنه كناية؛ لأنه ظاهر في الصعود سواء كان قائله عاميًا أو غيره، وعن ابن سلمة أنه صريح في العامي الذي لا يعرف اللغة دون غيره[٥]، فما قاله الشيخ، إنما يظهر على هذا الوجه.

ومن هذه القاعدة، لو قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال: بلى، أو نعم، فإقرار، وقيل: لا يلزمه في نعم[٦]، وهو قياس النحو، ولم يفصلوا بين العامي والنحوي نعم فصلوا

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٩٣].
(٢) قال في الروضة: وهو الأصح، أي عدم الصحة. انظر: روضة الطالبين [٥٦/٨].
(٣) نقله في الروضة عن الصيرفي. انظر: روضة الطالبين [٨٤/٨].
(٤) قال في الروضة: وهو الأصح. انظر: روضة الطالبين [٨٤/٨].
(٥) كذا ذكره في الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣١٦/٨].
(٦) وهو الذي قطع به البغوي وغيره، وقطع الشيخ أبو محمد والمتولي، بأنه إقرار وصححه الإمام، والغزالي، وقال النووي في زوائد الروضة: هو الأصح وصححه الرافعي في المحرر. انظر: روضة الطالبين [٣٦٧/٤].

بينهما، فيما لو قال: أنت طالق أن لم تدخل الدار بفتح أن، فإنه يقع فى الحال إن كان قائله نحويًا، بخلاف العامى، فإنه لا يقصد إلا التعليق[١].

الرابع: الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم فى الظاهر لمن يخفى عليه لقرب عهده بالإسلام ونحوه[٢]، فإن علمه وجهل المرتب عليه لم يعذر[٣].

ولهذا، لو جهل تحريم الكلام فى الصلاة عذر[٤]، ولو علم التحريم وجهل الإبطال بطلت[٥]، وإن علم أن جنس الكلام يحرم ولم يعلم أن التنحنح والمقدار الذى نطق به محرم فمعذور فى الأصح[٦].

ومنها: لو جهل تحريم الخمر عذر، ولم يُحد[٧]، فلو قال: علمت التحريم وجهلت الحد حُد[٨]، وإن قال: علمت الحد، ولكن ظننت أن ذلك القدر لا يسكر حُد، ولزمه قضاء الصلوات الفائتة فى السكر[٩].

ومنها: لو تطيب المحرم جاهلاً بالتحريم فلا فدية[١٠]، خلافًا للمزنى[١١]، ولو علم تحريم الاستعمال، وجهل وجوب الفدية وجبت[١٢]، ولو علم تحريم الطيب وجهل كون الممسوس طيبًا، فلا فدية على المذهب[١٣]، ولو مس طيبًا رطبًا، وهو يظنه يابسًا لا يعلق

---

(١) هذا هو الذى قاله الشيخ أبو حامد، والإمام، والغزالى، والبغوى.
انظر: روضة الطالبين [٨/١٣٦].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/ ١٨٨].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/ ٢٠١].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/ ١٩٠]، روضة الطالبين [١/٢٩٠].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص ٢٠١].

(٦) كذا ذكره فى الروضة، وقال: لخفاء حكمه على العوام. روضة الطالبين [١/٢٩٠].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٩٠].

(٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٠١]. روضة الطالبين [١٠/١٧٠].

(٩) كذا ذكره فى الروضة. روضة الطالبين [١٠/١٧٠].

(١٠) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٩١].

(١١) كذا ذكره فى الروضة نقلاً عنه. انظر: روضة الطالبين [٣/١٣٢].

(١٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٠١].

(١٣) كذا ذكره فى الروضة، وقال: وبه قطع الجمهور، وقيل: وجهان. انظر: روضة الطالبين [ص/١٣٢].

به منه شيء، ففي وجوب الفدية قولان[١]، وذكر صاحب التقريب: أن الجديد عدم الوجوب[٢].

ومنها: الرد بالعيب على الفور، فلو أخر، وقال: لم أعلم أن لى الرد، قُبل إن قرب عهده بالإسلام أو نشأ ببادية[٣]، ولو قال: لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قُبِل؛ لأنه مما يخفى على العوام[٤]، قال النووى: وهذا بشرط أن يكون ممن يخفى عليه مثله، وهكذا القول فى الشفعة[٥].

ومنها: لو عتقت الأمة تحت العبد وقالت: جهلت الخيار عُذِرت فى الأظهر[٦]، **ومنها:** لو قال: علمت تحريم الجماع، وجهلت وجوب الكفارة وجبت بلا خلاف، ذكره الدارمى وغيره، قال النووى فى شرح المهذب: وهو راجح[٧].

ومنها: لو أكل الصائم جاهلاً بالتحريم، وكان يجهل مثل ذلك لم يفطر، وإلا أفطر، وقد استشكل تصوير هذه المسألة؛ لأن حقيقة الصوم هو الإمساك عن المفطرات، فمتى لم يعرف الصائم ذلك لم يصح صومه، وحينئذ فكيف يتعمد الفطر مع الجهل بتحريم الإفطار[٨]، ويمكن تصويرها بما إذا أكل ناسيًا، وقلنا: لا يفطر، فظن أنه أفطر بهذا الظن متعمدًا جاهلاً بالتحريم[٩].

ومنها: لو سبق الإمام بركنين عمدًا مع العلم بالتحريم بطلت صلاته، فإن كان جاهلاً لم تبطل، لكن لا يعتد بتلك الركعة، فيتداركها بعد سلام الإمام[١٠].

---

(١) رجح الإمام وغيره الوجوب ورجحت طائفة عدم الوجوب. انظر: روضة الطالبين [٣/١٣٣].

(٢) كذا نقله فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/١٣٣].

(٣) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٤٨٠].

(٤) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٤٨٠].

(٥) كذا ذكره النووى فى زوائد الروضة، وقال: صرح به الغزالى وغيره، فى كتاب الشفعة. انظر: روضة الطالبين [٣/٤٨٠].

(٦) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٧/١٩٤].

(٧) انظر: المجموع شرح المهذب [٧/٣٤٠، ٣٤١].

(٨) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٩١].

(٩) انظر: الأشباه والنظائر، حيث قال: بأن الأصح الفطر، وفى وجه: لا يفطر. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٩١].

(١٠) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١/٣٧٣].

تنبيهان:

الأول: هذا لا يختص بحقوق الله تعالى، بل يجرى فى حقوق الآدميين، ففى تعليق القاضى الحسين فى كتاب الشهادات، لو أن رجلاً قتل رجلاً وادعى الجهل بتحريم القتل، وكان مثله يخفى عليه ذلك يُقبل قوله فى إسقاط القصاص[1] وعليه الدية مغلظة، وفيما قاله نظر قوى.

الثانى: إعذار الجاهل من باب التخفيف، لا من حيث جهله.

ولهذا قال الشافعى، رضى الله عنه: لو عذر الجاهل، لأجل جهله لكان الجهل خيرًا من العلم إذ كان يحط عن العبد أعباء التكليف، ويريح قلبه من ضروب التعنيف، فلا حجة للعبد فى جهله بالحكم بعد التبليغ والتمكين، ﴿**لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل**﴾ [النساء: ١٦٥].

الخامس: الجهل بالشرط مبطل وإن صادفه، فمن صلى جاهلاً بكيفية الصلاة لا تصح صلاته، وإن أصاب كما أن من فسر كتاب الله تعالى، بغير علم أثم، وإن أصاب، وكما أن القاضى إذا حكم وهو جاهل بحكم الله يدخل النار، وإن أصاب، وكذا قال فى المطلب فى باب القضاء: من اعتقد التوحيد عما ظنه دليلاً وليس بدليل فى الحقيقة، فهو غير عارف بالتوحيد، كمن اعتقده لا عن دليل أصلاً.

ولهذا امتنع على الشاهد إذا كان فاسقًا من أداء الشهادة على أحد الوجهين؛ لأنه حمل الحاكم على الباطل، ولا يقال: إن الحاكم قضى بالحق فكيف يكون باطلاً؛ لأنا نقول: السبب الذى استند إليه القضاء إذا كان باطلاً شرعًا كان القضاء باطلاً، وإن صادف الحق انتهى.

وكما أن من تطبب ولم يعلم منه طب يضمن وإن أصاب، رواه أبو داود[2]، وابن ماجه[3]، وعلى هذا لو وصف وهو طبيب دواء لأبيه فاستعمله فمات لم يرثه، إن كان جاهلاً بالطب؛ لأنه يعد قاتلاً، وإن كان عارفًا، فلا؛ لأنه لم يغشه، قال الرافعى: لو

---

(١) كذا ذكره السيوطى واقتصر عليه. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٩٧].

(٢) أخرجه أبو داود فى الديات [١٩٤/٤] - ح [٤٥٨٦].

(٣) أخرجه ابن ماجة فى الطب [١١٤٨/٢] - ح [٣٤٦٦]، والنسائى فى القسامة [٤٦/٨]، باب: صفة شبه العمد.

سقى مورثه الصبى دواء أوبط جرحه على سبيل المعالجة ومات لم يرثه[١]، وفيه وجه حكاه ابن اللبان عن صاحب التقريب[٢]، والتقييد بالصبى يخرج البالغ.

السادس: الجهل والنسيان يعذر بهما فى حق الله تعالى، المنهيات دون المأمورات والأصل فيه حديث معاوية بن الحكم، لما تكلم فى الصلاة ولم يؤمر بالإعادة لجهله بالنهى[٣].

وحديث يعلى بن أمية، حيث أمره النبى ﷺ، بنزع الجبة عن المحرم[٤]، ولم يأمره بالفدية لجهله، واحتج به الإمام الشافعى، رضى الله عنه، على أن من وطء فى الإحرام جاهلاً أو ناسيًا، فلا فدية عليه.

والفرق بينهما من جهة المعنى أن المقصود من المأمورات إقامة مصالحها، وذلك لا يحصل، إلا بفعلها، والمنهيات مزجور عنها بسبب مفاسدها امتحانًا للمكلف بالانكفاف عنها، وذلك إنما يكون بالتعمد لارتكابها، ومع النسيان والجهالة لم يقصد المكلف ارتكاب المنهى فعذر بالجهل فيه.

ومن فروعها.... ولو جاوز المريد للإحرام الميقات ناسيًا، لزمه الدم[٥]، بخلاف ما إذا تطيب ناسيًا[٦]؛ لأن الإحرام من الميقات مأمور به، والطيب منهى عنه، لكن يشكل على هذا قص الأظافر، فإنه منهى عنه، ولو فعله ناسيًا، لزمه الدم[٧]، ولو نسى الترتيب فى الوضوء لا يجزيه على الجديد وكذا، لو ترك الفاتحة ناسيًا، قال النووى: وهما جاريان

---

(١) قال فى الروضة: وهو الصحيح. انظر: روضة الطالبين [٦/٣١].

(٢) ذكر الرافعى فى الروضة: أن هذا الوجه حكاه ابن اللبان وغيره. وذكره عن صاحب التقريب وجهًا فى مطلق القتل بالتسبب: أنه لا يمنع الإرث. انظر: روضة الطالبين [٦/٣١].

(٣) أخرجه مسلم فى المساجد [١/٣٨١ - ٣٨٢] - ح [٣٣/٥٣٧]، وأبو داود فى الصلاة [١/٢٤٢ - ٢٤٣] - ح [٩٣٠]، والنسائى فى السهو [٣/١٣- ١٤]، باب: الكلام فى الصلاة، والإمام أحمد فى المسند [٥/٥٢١] - ح [٢٣٨٢٤].

(٤) أخرجه البخارى فى الحج [٣/٤٦٠] - ح [١٥٣٦]، ومسلم فى الحج [٣/٨٣٦] - ح [١/١١٨٠].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٢].

(٦) فإنه يسقط الفدية. انظر: روضة الطالبين [٣/١٣٧].

(٧) وهو: الأصح والمنصوص، والثانى: مخرج فى أحد قولين له فى المغمى عليه إذا حلق والمجنون. انظر: روضة الطالبين [٣/١٣٧].

فيما لو نسى الماء فى رحله وصلى بالتيمم، وكذا لو صلى أو صام أو توضأ بالاجتهاد، فصادف قبل الوقت أو بالإناء النجس، أو تيقن الخطأ فى القبلة أو صلى بالنجاسة ناسيًا، أو رأوا سوادًا ظنوه عدوًا، فصلوا صلاة شدة الخوف، أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيرًا فبان غنيًا أو مرض، وقال أهل الخبرة: أنه معضوب، فأحج عن نفسه فبرئ، أو غلطوا فى الوقوف بعرفة ووقفوا فى الثامن، أو باعه حيوانًا، على أنه بغل فبان حمارًا، أو بالعكس، فإن الخلاف ثابت فى الجميع، قال: لكن صححوا الصحة فى صور أخرى، كما لو نوى الصلاة خلف زيد هذا، فبان عمرًا، أو على هذا الميت زيد فبان عمرًا، أو باع مال مورثه ظانًا حياته، فبان ميتًا، أو شرط فى أحد الزوجين وصفًا فبان خلافه، سواء كان أعلى من المشروط أو دونه(١)، [ولو حلف لا تخرج إلا بإذنه فأذن ولم تسمع فخرجت فالأصح لا حِنْثَ؛ لأن الإذن قد حصل(٢)].

أما فى حقوق الآدميين فقد لا يعذر، كما لو ضرب مريضًا جهل مرضه ضربًا يقتل المريض يجب القصاص فى الأصح(٣)، بخلاف ما لو حبس من به جوع وعطش، ولم يعلم بحاله مدة لا يموت فيها الشبعان عند الحبس لا قصاص(٤)، وكأن الفرق أن أمارات المرض، لا تخفى، بخلاف الجوع.

ولو شهدا بقتل ثم رجعا، وقالا تعمدنا، ولكن ما عرفنا أنه يُقتل بشهادتنا فلا يجب القصاص، فى الأصح إذ لم يظهر تعمدهم للقتل(٥).

ولو سرق ثوبًا رثًا لا يساوى ربه دينار، وكان فى جيبه تمام الربع، ولم يعلم به قطع فى الأصح(٦).

---

(١) كذا ذكره الشيخ النووى، وقال: وأشباه هذه كثيرة وسنوضحها فى مواضعها، ومقصودى بهذا الفرع وشبهه جمع النظائر والتنبيه على الضوابط. انظر: المجموع شرح المهذب [١/٤٤٢، ٤٤٣].

(٢) ذكره فى الروضة، وقال: قال الشافعى، رحمه الله: الورع أن يحنث نفسه. انظر: روضة الطالبين [١١/٦١].

(٣) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٩٩]. روضة الطالبين [٩/١٤٨].

(٤) وهو: الأظهر. انظر: روضة الطالبين [٩/١٢٧].

(٥) وإنما تجب الدية مخففة وتكون فى مالهم؛ لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة. انظر: روضة الطالبين [١١/٢٩٨].

(٦) لأنه أخرج نصابًا من حرز على قصد السرقة والجهل بجنس المسروق لا يؤثر كالجهل بصفته، والثانى: لا يقطع نظرًا إلى الجهل. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/١٥٩].

ومنها: في حنث الجاهل والناسي قولان: أرجحهما المنع[(١)].

ومن صور الجهل أن يحلف أن الشيء الفلاني لم يكن، أو كان ظنًا منه أنه كذلك، فبان أنه على خلاف ما ظنه، وبهاتين صورها ابن الصلاح في فتاويه، وقال النووي في فتاويه: صورته أن يعلق على فعل شيء، فيفعله ناسيًا لليمين، أو جاهلاً بأنه المحلوف عليه، والأول أولى.

وقد قال في الروضة: لو جلس مع جماعة فقام ولبس خف غيره، فقالت له زوجته: استبدلت بخفك ولبست خف غيرك، فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك، فإن خرج ولم يبق إلا ما لبسه لم يحنث، وإن بقي غيره فقال الرفعي: طلقت، قال النووي: والصواب أنه إن خرج بعد خروجهم وقصد أنه لم يأخذ بدله حنث إن كان عالمًا وإلا فقولا الناسي[(٢)].

تنبيهات:

الأول: لا فرق في الجاهل بين أن يكون اليمين على الماضي أو المستقبل، كما قاله الرافعي في كتاب الأيمان[(٣)]، وقال في كتاب الطلاق: إذا حلف أن هذا ذهبه الذي أخذه من فلان فشهد شاهدان أنه ليس ذهبه حنث على الصحيح، وإن كان على نفي لأنه يمكن الإحاطة به[(٤)].

الثاني: إذا قلنا لا يحنث الناسي صدق في دعواه النسيان؛ لأنه لا يعلم إلا من جهته ويحتمل أن يخرج على قولي تعارض الأصل والظاهر، ويشهد له ما في فتاوى البغوي فيما لو قال لها: إن ضربتك فأنت طالق، فضرب امرأة غيرها، أو نفسه فأصابها فهو ضارب بدليل أنه يكون قاتلاً تجب به الدية، وهل يحنث؟ فعلى قولي المكره، فإن قلنا: لا يحنث المكره فادعى أني قصدت ضرب غيرها أو ضرب نفسي فأصابها لم يقبل؛ لأن الضرب تعين، ويحتمل أن يقبل؛ لأن الأصل بقاء النكاح. انتهى.

والأشبه التفصيل بين ما يتعلق به حق الغير أو لا، وبه صرح الرافعي في كتاب الأيمان

---

(١) قال في الروضة: وهو الأظهر وصححه أبو حامد القاضي، والشيخ وابن كج والروياني وغيرهم. انظر: روضة الطالبين [١١/٩٧].

(٢) كذا ذكره في الروضة. انظر: روضة الطالبين [٨/٢٠٣].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١١/٣].

(٤) كذا ذكره في الروضة. انظر: روضة الطالبين [٨/٢٠١، ٢٠٢].

فى نظير المسألة، فقال: لو حلف وقال: لم أقصد اليمين به صدق إلا فى طلاق أو عتاق وإيلاء فلا يصدق ظاهرًا لتعلق حق الغير.

الثالث: قد يحنث الناس كما لو حلف لا يفعل كذا عالماً ولا ناسيًا، ففعله ناسيًا انحلت يمينه جزم به الأصحاب[١]، وعلله فى البحر بأن مقصود اليمين وجود الداعى إلى فعله فإذا وجد الفعل حصل المقصود الأصلى.

* * *

(١) قطع به السيوطى فى الأشباه والنظائر [ص/١٩٢].

حرف الحاء المهملة

الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة فى حق آحاد الناس

كررها إمام الحرمين فى مواضع من البرهان وكذا فى النهاية.

فقال فى باب الكتابة: إن عقد الكتابة والجعالة والإجارة ونحوها جرت على حاجات خاصة تكاد تعم، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة فتغلب فيها الضرورة الحقيقية[١].

منها: مشروعية الإجارة مع أنها على منافع معدومة[٢]، قال شارحه الإبيارى: يعنى به أن الشرع كما اعتنى بدفع ضرورة الشخص الواحد، فكيف لا يعتنى به مع حاجة الجنس ولو منع الجنس مما تدعو الحاجة إليه لنال آحاد الجنس ضرورة تزيد على ضرورة الشخص الواحد فهى بالرعاية أولى.

ومن فروعها: شرعية ضمان الدرك مع مخالفته لقياس الأصول، فإن البائع إذا باع ملك نفسه فما أخذه من الثمن فليس بدين عليه حتى يضمنه[٣].

ومنها: مسألة العلج ودلالته على الفعلة بجارية منها يصح للحاجة، مع[٤] أن الجعل المعين يجب أن يكون معلومًا مقدورًا على تسليمه مملوكًا وهو مفقود هنا.

وكذلك الجعالة والقراض وغيرهما مما جوز للحاجة، وكذلك إباحة النظر للعلاج[٥] ونحوه.

* * *

الحاجة الخاصة تبيح المحظور

كتضبيب الإناء للحاجة قالوا: لا يعتبر العجز عن التضبيب بغير النقدين، فإن العجز يبيح أصل الإناء منهما قطعًا، بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى التزيين كإصلاح موضع الكسر كالشد والتوثق، وكذا قاله الرافعى، وذكر الإمام فى تفسيرها احتمالين،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٨].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٨].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١٠/٢٨٥].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٨].

أحدهما: أن يكون على قدر الشعب، وثانيهما: العجز عن غير النقدين سواء عجز عن إناء آخر أم لا[١].

ومنها: الأكل من طعام الكفار في دار الحرب جائز للغانمين رخصة للحاجة، ولا يشترط أن لا يكون معه طعام آخر بل يأخذ قدر كفايته وإن كان معه غيره[٢].

ومنه: لبس الحرير لحاجة الجرب، والحكة، ودفع القمل[٣]، وسكتوا عن اشتراط وجدان ما يغنى عنه من دواء أو لبس كما فى التداوى بالنجاسة وقياس ما سبق عدم اعتباره.

ومنه: إباحة تحلية آلات الحرب غيظًا للمشركين، وحكوا فى بُرَة الناقة وجهين وصححوا المنع[٤]، والمختار الإباحة، فإن النبى ﷺ، أهدى جملاً فى أنفه بُرة من فضة[٥].

ومنه: الخضاب بالسواد للجهاد لما قاله الماوردى[٦]، وكذلك التبختر بين الصفين، وقد قال النبى ﷺ، لمن رآه يفعل ذلك: هذه مشية يبغضها الله، إلا فى هذا الموضع.

* * *

الحال لا يتأجل

قال المتولى والرويانى: إلا فى مسألتين:

إحداهما: إذا قال صاحب الدين عند حلوله: لله علىَّ أن لا أطالبه إلا بعد شهر لزم[٧] وفى تصويره إشكال؛ لأن الصورة إن كانت فى معسر فالإنظار واجب، والواجب لا يصح نذره، وإن كانت فى موسر قاصد للأداء لم يصح أيضًا؛ لأن أخذه

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٨].

(٣) انظر: المجموع شرح المهذب [٤/٤٤٠].

(٤) كذا ذكره النووى. انظر: المجموع شرح المهذب [٤/٤٤٤].

(٥) أخرجه ابن ماجه فى المناسك [٢/١٠٢٧] - ح [٣٠٧٦].

(٦) ذكره الماوردى، وقال: لرواية الحسن البصرى قال: نهى رسول الله ﷺ، عن الخضاب بالسواد، وقال: «إن الله عز وجل، مُبغض للشيخ الغربيب ألا لا تُغيروا هذا الشيب فإنه نور المسلم فمن كان لا محالة فاعلاً فبالحناء والكتم». رواه ابن عدلى. انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٢/٢٥٧].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٠].

منه واجب، ولا يصح إبطال الواجب بالنذر[١].

الثانية: إذا أوصى من له الدين الحال أن لا يطالب إلا بعد شهر، فإنه تنفذ وصيته[٢]، وقال في المطلب قبل باب تفريق الصفقة: لابد للمسألة من قيد وهو أن يخرج قدر الدين من ثلثه؛ لأنهم قالوا أن البيع بثمن مؤجل يحسب كله من الثلث إذا لم يحل منه شيء قبل موت الموصي؛ لأنه منع الورثة من التصرف فيه، فكان كإخراجه عن ملكهم وهذا مثله[٣].

قلت: هذا القيد حكاه صاحب البحر في باب الوصية عن والده ثم خالفه.

وزاد ابن الرفعة أيضًا ثالثة: وهي ما لو باعه شيئًا، ثم ذكر الأجل في مجلس العقد وفرعنا على الأصح وهو التحاق الزيادة بالعقد، وأن الملك ينتقل في المبيع في زمان الخيار؛ لأن الدين كان حالاً وقد تأجل بل هذه بالفرض أولى؛ لأن ما كان حالاً لا يؤجل وفيما عداها قد يقال: إن الدين باق بصفته، وإنما منع من طلبه مانع كالإعسار، وهو كما قال، ولا معنى للاستثناء؛ لأن في الصورتين الدين لم يؤجل، وإنما هو حال ولكن منع من المطالبة مانع، وقد قال الأصحاب في كتاب الضمان: أنه يصح ضمان الحال مؤجلاً فلا يطالب إلا كما التزم الأجل في الأصح، ولا يقال: أنه يستثنى من القاعدة؛ لأن الدين لم يخرج عن الحلول إلا أنه منع منه مانع وهو التزامه على هذه الصفة.

* * *

الحجر[٤] يتعلق به مباحث

الأول: بالنسبة لثبوته وارتفاعه على أربعة أقسام ذكرها المحاملي في المجموع:

أحدها: ما يثبت بلا حاكم وينفك بغيره، وهو المجنون والمغمى عليه.

الثاني: لا يثبت إلا بالحاكم ولا يرتفع إلا به وهو السفيه.

الثالث: لا يثبت إلا بحاكم وفي انفكاكه بغيره وجهان وهو المفلس.

---

(١) كذا ذكره الشيخ السيوطي. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٣٠].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٣٣٠].

(٣) نقله عنه الشيخ السيوطي. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٣٠].

(٤) الحجر في اللغة: المنع. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي [٢/٤]. وفي الاصطلاح: قال الشيخ الخطيب الشربيني: هو المنع من التصرفات المالية. انظر: مغني المحتاج [٢/١٦٥].

الرابع: وهو ما يثبت بغير حاكم وهل ينفك بحاكم؟ على وجهين وهو الصبى يبلغ رشيدًا هل يزول الحجر عنه، يعنى بفك من له عليه الولاية من أب أو حاكم وجهان[١]، قال فى البحر: وقيل: أنهم ستة، و:

الخامس: المريض يصير محجورًا عليه فيما زاد على الثلث من غير الحاكم، وإذا أزال المرض زال الحجر من غير رضاهم[٢].

السادس: المرتد هل يصير محجورًا عليه بنفس الردة أو لابد من حجر الحاكم؟ قولان[٣] حكاهما أبو حامد فى الجامع، وإذا أسلم زال الحجر بلا خلاف[٤].

الثانى: ينقسم باعتبار آخر إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: ما لا يجوز إلا بعد تحقق سببه قطعًا وهو حجر الصبى والمجنون.

ثانيها: ما يجوز بغلبة الظن قطعًا وهو السفه.

ثالثها: ما فيه خلاف والأصح جوازه وهو المفلس إذا ظهرت أمارات الإفلاس.

الثالث: ينقسم أيضًا لما هو لحق نفسه وهو حجر الصبى[٥] والمجنون[٦] والسفيه[٧].

وما لحق الغير أنوع:

أحدها: حجر المفلس للغرماء[٨]. **الثانى:** الراهن للمرتهن[٩]. **الثالث:** المريض

---

(١) نقلها أيضًا الشيخ السيوطى عن المحاملى فى المجموع. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٦٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١٣٠/٦].

(٣) ذكرهما الشيخ الخطيب الشربينى وقال: قال ابن النقيب: أصحهما الثانى، وجزم به جماعة، وقال الماوردى: إن الجمهور عليه ولكن مقتضى كلام الشيخين على الأول وهو الظاهر. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١٤٢/٤].

(٤) لكن ذكر الشيخ الخطيب الشربينى: بأنه على القول الثانى، أى: بالحجر عليه من قبل الحاكم هل هو كحجر الفلس أو السفه أو المرض؟ فيه أوجه أصحها: أنها كحجر الفلس، انتهى، أى فيه وجهان. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١٤٢/٢].

(٥) وهو للأب أو الحاكم عند عدم الأب. انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء [٥٣٤/١].

(٦) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء [٥٣٣/١].

(٧) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء [٥٣٥/١].

(٨) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٧/١]. الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨]. روضة الطالبين [١٧٧/٤].

للورثة[1]. **الرابع:** العبد لسيده[2]. **الخامس:** المرتد للمسلمين[3]. **السادس:** الحجر الغريب[4]. **السابع:** إذا امتنع مع اليسار من البيع لوفاء الدين فللحاكمْ الحجر عليه بالتماس الغرماء[5]. **الثامن:** الحجر على المكاتب[6]. **التاسع:** الحجر على المالك فى العبد الجانى[7].

العاشر: الحجر على المالك قبل إخراج الزكاة[8] وعلى الوارث فى التركة قبل وفاء الدين[9]. **الحادى عشر:** الحجر على المالك فى العين الموصى بها قبل القبول[10].

الثانى عشر: الحجر على الشريك فى حصته قبل أخذ قيمتها، إذا أعتق شريكه حصته وقلنا: يتوقف العتق على أداء القيمة[11].

الثالث عشر: العبد المستحق عتقه بالشرط فى البيع، إن قلنا: الحق فيه لله تعالى، وإن

---

(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٧]. الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٨/١].

(١) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٨/١]. الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨].

(٢) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٨/١]. الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨].

(٣) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٨/١]. الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨].

(٤) وهو الحجر على المشترى فى السلعة وجميع ما له حتى يحضر الثمن إذا كان المبيع مسلمًا له. انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء [٥٢٨/١]. وقاله القاضى حسين والمتولى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨].

(٥) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٨/١].

(٦) ذكر الشيخ السيوطى نقلاً على الكفاية. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٥٨].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨]. الاعتناء فى الفرق والاستثناء [٥٢٨/١].

(٨) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء [٥٢٩/١].

(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨]. الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٨/١].

(١٠) ذكره الشيخ السيوطى فى الأشباه والنظائر نقلاً عن الشيخ ولى الدين فى النكت. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٦٠].

(١١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٥٩]. الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [٥٢٩/١].

قلنا للبائع: فيمتنع على المشترى التصرف فيه بغير إذن البائع أيضًا[(١)]، وقد ذكر الرافعى تفريعًا عليه أنه، إذا أعتقه عن الكفارة بغير إذن البائع لم يُجزه، وإلا أجزأ عنها على الأصح[(٢)].

الرابع عشر: إذا قصر ثوبًا أو خاطه بأجرة، فإن له حبسه على الصحيح حتى يقبض الأجرة فيمنع المالك من التصرف فيه[(٣)].

الخامس عشر: إذا اشترى شيئًا شراء فاسدًا وأقبض ثمنه، فإن له حبسه إلى استرداد ثمنه على قول فليمتنع على هذا، على مالكه التصرف فيه قبل رد الثمن[(٤)].

السادس عشر: إذا أخذ قيمة المغصوب للحيلولة، ثم ظفر الغاصب به، فله حبسه ليقبض القيمة على ما نص عليه الإمام الشافعى، رضى الله عنه، كما حكاه القاضى الحسين، فليمتنع على المالك بيعه، وإن كان ممن يقدر على انتزاعه حسًا حتى يرد القيمة[(٥)].

السابع عشر: إذا ركب العبد المأذون الديوان، فإنه يمتنع على السيد التصرف بغير إذن الغرماء، وكذا بغير إذن العبد على الأصح فى الروضة[(٦)].

الثامن عشر: نفقة الجارية، إذا أخذتها من زوجها للسيد فيها حق الملك ولها حق التوثق، كما أن نفقة زوجة العبد تتعلق بأكسابه، والملك فيها للسيد، ويمتنع عليه بيع المأخوذ قبل تسليم البدل[(٧)].

التاسع عشر: بدل الموصى بمنفعته، إذا أتلف يمتنع على الوارث التصرف فيه

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨]. الاعتناء فى الفرق والاستثناء [١/٥٣٢]. روضة الطالبين [٣/٤٠٣، ٤٠٤].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٠٤].

(٣) انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء [ص/٥٢٩].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٥٩].

(٥) ذكره فى الاعتناء فى الفرق والاستثناء نقلاً عن القاضى حسين فى حكايته عن نص الشافعى، رحمه الله. انظر: الاعتناء فى الفرق والاستثناء للبكرى [١/٥٣١].

(٦) صححه النووى فى زوائد الروضة، وقال: صححه البغوى؛ لأن الدين يتعلق بذمة العبد ولم يرض. انظر: روضة الطالبين [٣/٥٧٠].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٨]. الاعتناء فى الفرق والاستثناء [١/٥٢٩].

لاستحقاق أن يشترى به ما يقوم مقامه[(١)].

* * *

الحجة التى يستند إليها القاضى في قضائه قسمان

تحقيقية: كالإقرار، والشاهدين، والشاهد واليمين.

وتقديرية: وهى اليمين المردودة، فإنها فى تقدير البينة أو الإقرار على الخلاف والقضاء بعلمه فى تقدير البينة.

* * *

حديث النفس له خمس مراتب

الأولى: الهاجس: وهو ما يلقى فيها ولا مؤاخذة به بالإجماع؛ لأنه وارد من الله تعالى، لا يستطيع العبد دفعه.

الثانية: الخاطر، وهو جريانه فيها.

الثالثة: حديث نفسه: وهو ما يقع مع التردد، هل يفعل أو لا؟، وهذان أيضًا مرفوعان على الصحيح لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به»[(٢)]، فإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق الأولى.

قال إمام الحرمين، فيما لو نوى المودع الأخذ ولم يأخذ: لا ضمان فى الأصح، المراد بالنية تجريد القصد.

فأما ما يخطر بالباب وداعية الذهن تدفعه، فلا حكم له، وإن تردد الرأى ولم يجزم قصدًا، فالظاهر عندنا أنه لا حكم له حتى يجرد قصده فى العدوان.

وقال الرافعى فى نية الصلاة: لو تردد فى أنه يخرج من الصلاة أو يستمر بطلت،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٥٩].

(٢) أخرجه البخارى فى العتق [١٩٠/٥] - ح [٢٥٢٨]، ومسلم فى الإيمان [١١٦/١] - ح [١٢٧/٢٠١]، وأبو داود فى الطلاق [٢٧١/٢] - ح [٢٢٠٩]، والترمذى فى الطلاق [٤٨٠/٣] - ح [١١٨٣]، والنسائى فى الطلاق [١٢٧/٦]، باب: من طلق فى نفسه [٢٢]، وابن ماجه فى الطلاق [٦٥٨/١] - ح [٢٠٤٠]، والإمام أحمد فى مسنده [٥٦١/٢] - ح [٩٥١٠].

والمراد بالتردد أن يطرأ شك مناقض للجزم، ولا عبرة بما يجرى فى الفكر أنه لو تردد فى الصلاة كيف يكون الحال، فإن ذلك مما يبتلى به الموسوس، وقد يقع ذلك فى الإيمان بالله سبحانه وتعالى، فلا مبالاة بذلك، قاله إمام الحرمين، انتهى(١).

وقال العبادى فى الزيادات: لا خلاف أن الآدمى يؤاخذ بعمل اللسان والسمع والبصر، قلت: إلا ما سبق به لسانه، أو نظر الفجأة، وفى الحديث «لا تتبع النظر النظرة فإنما لك الأولى»(٢)، قال: أما الفؤاد، فقال الله تعالى: ﴿**إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولاً**﴾ [الإسراء: ٣٦]، فمن الناس من يقول: يؤاخذ بما يسعى به الباطن، إلا أول خطرة، وهو الهاجس والأصح أنه لا يؤاخذ بساعى الباطن، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها»(٣)؛ وقيل: إن اتصل بالعمل يؤاخذ بالكل، انتهى.

فتحصلنا على ثلاثة أوجه والصحيح عدم المؤاخذة مطلقًا.

قال المحققون: وهذه المراتب الثلاثة أيضًا، لو كانت فى الحسنات لم يكتب له بها أجره، أما الأول فظاهر، وأما الثانى والثالث فلعدم القصد.

الرابعة: الهم، وهو ترجيح قصد الفعل وهو مرفوع على الصحيح لقوله تعالى: ﴿**إذ همت طائفتان منكم**﴾ [آل عمران: ١٢٢]، الآية، ولو كانت مؤاخذة لم يكن الله وليهما ولقوله ﷺ: «ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه»(٤).

الخامسة: العزم وهو قوة القصد والجزم به وعقد القلب، وهذا يؤاخذ به عند المحققين لقوله ﷺ: « إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار، قيل: يا رسول الله

---

(١) كذا ذكره فى الروضة نصًا. انظر: روضة الطالبين [١/٢٢٤].

(٢) أخرجه أبو داود فى النكاح [٢/٢٥٢] - ح [٢١٤٩]، والترمذى فى الأدب [٤/١٠١] - ح [٢٧٧٧]، وقال: حسن غريب. والدارمى فى الرقاق [٢/٣٨٦] - ح [٢٧٠٩]، والإمام أحمد فى مسنده [٥/٤١٢] - ح [٢٣٠٣٨].

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخارى فى الرقاق [١١/٣٢٣ - ح [٦٤٩١]، ومسلم فى الإيمان [١/١١٧] - ح [٢٠٣/١٢٨]، والترمذى فى التفسير [٥/٢٦٥] - ح [٣٠٣٧]، والدارمى فى الرقاق [٢/٤١٣- ٤١٤] - ح [٢٧٨٦]، والإمام أحمد فى مسنده [١/٢٩٨- ٢٩٩] - ح [٢٠٠٦].

هذا القاتل فما بال المقتول؟ قال: إنه كان حريصًا على قتل صاحبه»[١]. فعلل بالحرص وللإجماع على المؤاخذة بأعمال القلوب كالحسد، وذهب آخرون إلى أنه مرفوع كالهم لعموم حديث التجاوز عن حديث النفس، وأجابوا عن حديث الحرص بأنه قارنه فعل وسبق عن العبادى ترجيحه، وهذا هو ظاهر كلام الشافعى، رحمه الله، فى الأم حيث قال فى باب الرجعة: إذا طلق امرأته فى نفسه، ولم يحرك لسانه لم يكن طلاقًا، وكذا كل ما لم يحرك لسانه فهو حديث النفس الموضوع عن بنى آدم، انتهى.

وقال ابن عبد السلام: حديث النفس الذى يمكن دفعه، لكن فى دفعه مشقة لا أثم فيه، لقوله: «إن الله تجاوز عن أمتى ما حدثت به أنفسها»[٢]، وهذا عام فى جميع النفس.

وإذا تعلق هذا النوع بالخير أثيب عليه، ويجعل تلك المشقة موجبة للرخصة دون إسقاط اعتبار الكسب، وإلا كان يقال: إنما سقط التكليف به فى طرف الشر لمشقة اكتساب دفعة، فصار كالضرورى والضرورى يثاب عليه ولا يعاقب عليه كذلك هذا.

تنبيه: يستثنى من عدم المؤاخذة بالخطرة ما إذا تعمدها، كما ذكره البيهقى فى شعب الإيمان فقال نقلاً عن الشيخ أبى بكر الإسماعيلى، وذكر مما لا يؤاخذ به حديث النفس، ثم قال: وعلى هذا المعنى ما روى لك النظرة الأولى وليست لك الثانية، إذا كانت الأولى لا عن قصد وتعمد، فإذا أعاد النظر فهو كمن حقق الخطرة، قال البيهقى: وإذا تعمد الخطرة فهو كما حقق النظرة، وذكر الماوردى فى كتاب الشهادات فى قوله ﷺ: «لا تتبع النظرة النظرة»، احتمالين، أحدهما: لا تتبع نظر عينك نظر قلبك، والثانى: لا تتبع النظرة التى وقعت سهوًا النظرة التى وقعت عمدًا. قال: وينبنى عليهما أن من نظر لا عن قصد ثم نظر مرة أخرى هل يأثم وتسقط عدالته؟ فعلى الأول لا تسقط، وعلى الثانى تسقط ولا يقبل حتى يتوب[٣].

* * *

(١) أخرجه البخارى فى الإيمان [١/١٠٦] - ح [٣١]، ومسلم فى الفتن [٤/٢٢١٣- ٢٢١٤] - ح [١٤/٢٨٨٨]، وأبو داود فى الفتن [٤/١٠٠] - ح [٤٢٦٨]، والنسائى فى تحريم الدم [٧/١١٣- ١١٤]، باب: تحريم القتل [٢٩]، وابن ماجه فى الفتن [٢/١٣١١] - ح [٣٩٦٤]، والإمام أحمد فى مسنده [٤/٤٩٠] - ح [١٩٦٠٩].

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كذا ذكره الماوردى. انظر: الحاوى الكبير [١٧/٤٤، ٤٥].

الحدود[١] يتعلق بها مباحث

الأول: تنقسم إلى ضربين، ما يجب لله، وما يجب للآدمى، والذى للآدمى ضربان:

أحدهما: ما يجب لحفظ النفوس وهو القصاص.

وثانيهما: للأعراض وهو حد القذف، فإنه عندنا حق للآدمى، ولهذا يورث عنه ولو قال لغيره: اقذفنى فقذفه لم يجب الحد.

والذى لله تعالى ثلاثة:

أحدها: يجب لحفظ الأنساب وهو حد الزنى واللواط.

ثانيها: لحفظ الأموال وهو السرقة وقطع الطريق، وإن اختلف هل يغلب فيه معنى القصاص أو الحد؟ ورجحوا الأول[٢] لكن قالوا: لو عفا الولى على مال وجب المال ويسقط القصاص ويقتل حدًا[٣].

والثالث: ما يجب لحفظ العقول والأموال وهو حد الخمر، فإنها حرمت حفظًا للعقول وصيانة للأمر والنهى عما يشغلهما فإنهما لا يدركان إلا بوجود العقل، حتى حرم أبو حنيفة، رحمه الله، التواجد وتعاطى أسبابه من المطربات والمسموعات الملهيات[٤] نقله الشيخ علاء الدين بن العطار فى كتاب أحكام النساء، قال: ويجب أن يفرق بين الأمر الحامل على الحضور والغيبة عما ذكرنا سواء، كان يلائم النفس أو لا يلائمها مما تحصل معه الغيبة المستغرقة مطلقًا، قال: وهذا المعنى لا أعلم أحدًا من العلماء يخالف فيه.

الثاني: أنها لا تسقط بالتوبة إلا فى أربع صور سبقت فى فصل التوبة.

الثالث: أنها تسقط بالشبهة وتحقيقها يأتى فى حرف الشين.

---

(١) الحد فى اللغة: الحاجز بين شيئين، ومنتهى الشىء والدفع والمنع، وتأديب المذنب بما يمنعه وغيره عن الذنب. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادى [٢٨٤/١].
وفى الشرع: قال الشيخ الماوردى هى عقوبات زجر الله بها العباد عن ارتكاب ما حظر وحثهم بها على امتثال ما أمر. انظر: الحاوى الكبير للماوردى [١٨٤/١٣].

(٢) أطلقهما فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٦٠/١٠].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٦١/١٠].

(٤) انظر: الهداية للمرغينانى [٣، ١٣٧/٤].

الرابع: في سقوطها بالرجوع إن كانت محض حق الله تعالى كالزنى[(١)]، والشرب سقط قطعًا[(٢)].

وإن كانت محض حق الآدمى كالقذف لم يقسط قطعًا، وإن اشتمل على النوعين كالسرقة فلا يقبل فى رجوعه عن الغرم، وفى قبول رجوعه فى سقوط القطع قولان[(٣)]، ووجه المنع أن حق الله تعالى، فى القطع ثبت تبعًا لحق الآدمى.

الخامس: حيث انتفى الحد فى الوَطْء ثبت المهر إلا فى وَطْء السفيه بغير إذن الولى فلا حد ولا مهر.

* * *

الحدث يتعلق به مباحث

الأول: فى حقيقته[(٤)]: وهو عند الإمام والغزالى المنع من الصلاة، وعند آخرين وهو الأشبه بالمذهب حلول معنى على كل الجسد أو بعضه، يمنع بقاؤه عند القدرة على زواله بالماء الإقدام على الصلاة وما الطهارة فيه شرط.

واعلم: أنه يطلق على الخارج وعلى المنع المترتب عليه وعلى معنى يتوسط بينهما، وهو معنى يقدر على الأعضاء ينزل منزلة النجاسة الحسية فى بعض الأشياء، والمراد هنا الثانى وهو حكم شرعى.

---

(١) قطع به الشيخ الخطيب الشربينى. انظر: مغنى المحتاج [٤/١٥٠].

(٢) كذا قطع به الشيخ الخطيب الشربينى، وقال: فإن كل ما ليس من حق آدمى يقبل فيه الرجوع. انظر: مغنى المحتاج [٤/١٩٠]. روضة الطالبين [١٠/٩٦].

(٣) الذى ذكره فى الروضة: أنه لو أُقر ثم رجع فالمذهب أنه لا يقبل فى المال وأنه يقبل فى سقوط القطع، انظر: روضة الطالبين [١٠/١٤٣]. وقال الشيخ الخطيب الشربينى: المذهب قبول رجوعه بالنسبة إلى القطع ولا يقبل فى الغرم ، والطريق الثانى: لا يقبل فى المال ويقبل فى القطع على الأصح، والثالث: يقبل فى القطع لا فى المال على الأصح. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/١٧٥].

(٤) الحدث فى اللغة: الشىء الحادث. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادى [١/١٦٣]. وفى الشرع: قال الشيخ الخطيب الشربينى: يطلق على أمر اعتبارى يقوم بالأعضاء يمنع من صحة الصلاة حيث لا مرخص، وعلى الأسباب التى ينتهى بها الطهر وعلى المنع المترتب على ذلك، والمراد هنا الأول؛ لأنه الذى لا يرفعه إلا الماء بخلاف المنع؛ لأنه صفة الأمر الاعتبارى فهو غيره فإن المنع هو الحرمة: وهى ترتفع ارتفاعًا مقيدًا بنحو التيمم بخلاف الأول. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١/١٧].

وأما المعنى المتوسط، فمنهم من أنكره، ومنهم من أثبته، وتصح إرادته، وبنوا عليه فروعًا كثيرة:

منها: تبعيض الطهارة وتفريق النية، وارتفاع الحدث عن كل عضو، وتقرير كون التيمم مبيحًا لا رافعًا وغيره.

وهو ينقسم إلى أصغر، وهو ما أوجب الوضوء، وأكبر وهو ما أوجب الغسل، وجعل الشيخ أبو حامد الحيض أكبر والجنابة أوسط(١).

والذى يظهر من تصرفهم أنه مراتب: أكبر وهو ما يوجب الوضوء والغسل، وكبير وهو ما يوجب الغسل فقط، وصغير وهو ما يوجب الوضوء فقط، وأصغر وهو ما يوجب غسل الرجلين فقط فى نزع الخف.

الثانى: لا خلاف أن الأكبر يحل بجميع البدن، واختلف فى الأصغر هل هو كذلك أو يختص بالأعضاء الأربعة؟ وجهان كما قاله النووى الثانى، وبنى عليهما القاضى الحسين والمتولى ما لو غطس المتوضىء ولم يمكث زمنًا يقدر فيه الترتيب، إن قلنا بالأول صح، أو بالثانى فلا(٢).

الثالث: قيل: إنه يوجب الوضوء بنفسه لتحريمه الصلاة لكن موسعًا إلى وقت الصلاة، وقيل: إنما يوجبه فى الوقت؛ لأنه لا يخاطب به قبله حكاها ابن يونس فى شرح الوجيز وقال الرويانى: قيل: تجب الطهارة عند دخول وقت الصلاة؛ ولأنها تراد لها، وظاهر المذهب أنها تجب بالحدث؛ لأنها لو لم تجب فى هذه الحالة لما جاز فعلها، فإن عبادات الأبدان لا يجوز تقديمها مقصودة على وقت دخولها.

الرابع: أن الوضوء هل يبطل بالحدث أو تنتهى مدته كانتهاء مدة المسح على الخف؟ وجهان، صحح النووى الثانى، واعترض على من عبر بنواقض الوضوء، وقال القفال فى شرح الفروع: لو جاز أن يقال الطهارة بطلت بالحدث لوجب أن يقال: أن الصلاة التى أداها بها بطلت.

وقال فى التتمة: الحدث فى الدوام لا يبطل الماضى وإنما يوجب طهارة أخرى، بدليل

---

(١) وهو ما ذكره الشيخ الخطيب الشربينى. انظر: مغنى المحتاج [١/١٧].

(٢) وقال النووى فى زوائد الروضة: الأصح عند المحققين فى مسألة الانغماس بلا مكث الأجزاء. انظر: روضة الطالبين [١/٥٥].

الحائض لو انقطع دمها ولم تجد ماء وتيممت يباح للزوج وطؤها، فلو أحدثت لم يحرم وطؤها، ولو كان الحدث مبطلاً للطهر السابق لحرم وطؤها.

الخامس: ينقسم إلى حدث منقطع ودائم كالاستحاضة والسلس، ويختص الحدث الدائم بستة شروط: الشد، والتعصيب، والوضوء، لكل فريضة بعد دخول الوقت، وتجديد العصابة لكل فريضة، ونية الاستباحة على المذهب، والمبادرة إلى الصلاة في الأصح(١).

* * *

الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء(٢)

ولهذا، لو حبس حرًا ولم يمنعه الطعام حتى مات لم يضمنه(٣)، ولو وطء حرة بالشبهة وماتت بالولادة، لم تجب الدية في المشهور(٤)، ولو كانت أمة وجبت القيمة(٥)، قال المحاملي: والفرق أن ضمان الأمة أوسع، فإنها تضمن باليد والجناية، والحرة إنما تضمن بالجناية، ولا تضمن باليد.

ولو حبس أمة غيره ضمن بأداء منفعة البدن، ولا يضمن منفعة البضع؛ لأن منفعته ليست بمال، ومنفعة البدن مال؛ ولأن منفعة البضع لا تثبت عليها باليد بدليل أن السيد يزوج الأمة المغصوبة، فلم يوجد للضمان سبب، بخلاف منفعة البدن، فإن اليد تثبت عليها، ولهذا لا يؤجر العبد المغصوب، كما لا يبيعه، قاله المتولي.

ولو نام عبد على بعير فقاده وأخرجه عن القافلة قطع أو حر فلا في الأصح(٦) لما ذكرنا.

ولو وضع صبيًا حرًا في مسبعة، فأكله سبع فلا ضمان في الأصح، بخلاف ما لو كان

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١/١٣٧، ١٣٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٢٤].

(٣) كذا ذكره السيوطي. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٢٤].

(٤) قال في الروضة: وهو الأصح وكذا ذكره الشيخ السيوطي. انظر: روضة الطالبين [٤/٧٨]. الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٢٤].

(٥) قال في الروضة: وهو الصحيح. انظر: روضة الطالبين [٤/٧٨]. الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٢٤].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٢٤].

عبدًا[١]، ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى أنها زوجته، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل؛ لأن الحرة لا تدخل تحت اليد[٢].

ولو أقام رجلان كل منهما بينة على امرأة أنها زوجته لم تقدم بينة من هى تحته[٣] لما ذكرنا، بل هما كاثنين أقام كل منهما بينة على نكاح خلية[٤].

ولو كان فى يد المدبر مال وقال: كسبته بعد موت السيد فهو لى، وقال الوارث: بل قبله فهو لى، صدق المدبر بيمينه؛ لأن اليد له، بخلاف دعواهما الولد؛ لأنها تزعم أنه حر والحر لا يدخل تحت اليد[٥].

ولو أفضى امراة مكرهة فمهر مثلها ثيبًا، وأرش بكارة، وقيل: مهر بكر وفصل الماوردى، فجعل فى الأمة فى البيع الفاسد، يجب مهر بكر وأرش البكارة، وقال فى الحرة البكر: إذا وطئت يجب مهر بكر بدون أرش من جهة أن الحرة لا تدخل تحت اليد، بخلاف الأمة[٦]، وهو مخالف لنص الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فى الأم، فإنه أوجب الأرش فى الحرة.

وأما ثياب الحر البالغ وما فى يده من المال فلا تدخل فى ضمان الغاصب؛ لأنها فى يد الحر حقيقة، فإن كان صغيرًا أو مجنونًا فكذلك فى الأصح، قاله الرافعى فى باب السرقة[٧].

* * *

الحر ضربان

ضرب استقرت له الحرية فذاك.

وضرب يحكم بحريته ظاهرًا كاللقيط، ففى إعطائه أحكام الحر مطلقًا خلاف، والأصح نعم، وكذلك المعتق فى مرض الموت، فإنه يحكم بحريته الآن ظاهرًا، وإذا قتله قاتل بعد موت السيد، ثم لم يحصل عتق شىء منه، لوجود الدين وعدم الإجازة من

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٢٤].
(٢) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٢٤].
(٣) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٢٤].
(٤) لسقوط البينتين. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٢٤].
(٥) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٢٤].
(٦) كذا ذكره الماوردى فى الحاوى الكبير. انظر: الحاوى الكبير [٣١٨/٥].
(٧) انظر: روضة الطالبين [١٣٨/١٠، ١٣٩].

أصحاب الديون أو لم يحصل عتق كله، لعدم إجازة الوارث فى الزائد على الثلث ونحو ذلك، أو قبل موت السيد وفرعنا على أن العتق فى المرض، إذا لم يملك غيره إذا مات قبل موت المعتق يكون رقيقًا أو مبعضًا، فإن قلنا يموت حرًا تكملت فيه الدية، وهذا يتصور مع وجوب ديته، إذا كانت الدية مؤجلة على العاقلة، فإن المؤجل كالعدم.

ولو زنى هذا المذكور لم يجلد مائة، ولم يغرب عامًا لجواز أن يظهر رقه فنكون قد زدنا على الواجب.

* * *

الحريم

يدخل فى الواجب والحرام والمكروه، فكل محرم له حريم يحيط به، كالفخذين فإنهما حريم للعورة الكبرى، والحريم هو المحيط بالحرام، وكل واجب دخل فى بعض من كل كغسل الوجه لا يتحقق، إلا بغسل شيء من الرأس من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب(١)، إما جزمًا كمسألتنا أو على الأصح، كما لو كان معه ماء لا يكفيه بطهارته إلا بتكميله بمائع يستهلك فيه، فإنه يلزمه على الأصح(٢)، وأما الإباحة، فلا حريم لها لسعتها وعدم الحجر فيها.

* * *

الحشفة

أحكام الوطء تتعلق بقدرها، ولا يشترط الجميع، إلا فى مسألة واحدة وهى وجوب الدية(٣).

* * *

الحصر والإشاعة

هى على أربعة أقسام:

الأول: ما نزلوه على الإشاعة قطعًا، كما لو كان له على غيره عشرة دراهم فأعطاه عشرة عددًا، فوزنت وكانت أحد عشر، كان الزائد للمقبوض منه على الإشاعة ويكون مضمونًا عليه؛ لأنه قبضه لنفسه جزم به الرافعى، فى باب: الربا(٤)، وأفتى بعض فقهاء

---

(١) نقله الشيخ السيوطى عن الزركشى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٢٥].

(٢) قال فى الروضة: إلا أن تزيد قيمة المائع على ثمن ماء الطهارة. انظر: روضة الطالبين [١/١٢].

(٣) فإن فيه قسطه من الدية. انظر: روضة الطالبين [٩/٢٨٧].

(٤) قطع به الرافعى فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٣٨٢].

العصر فيما لو اقترض من شخص ألفًا وخمسمائة، فوزن له ألفًا وثمانمائة غلطًا، ثم علما بذلك، وادعى المقترض تلف الثلاثمائة الزائدة، أنه إذا لم يوجد منه تقصير فاللازم له عن المبلغ الذى احضره مائتا درهم وخمسون درهمًا؛ لأن كل مائة خمسة أسداسها مقبوض وسدسها أمانة شرعية، فالذاهب على حكم الأمانة سدس الثلاثمائة المقررة، والباقى لازم له طريق القرض، واستشهد لها بصورة الأقراض الآتية، ولم يستحضر النقل المذكور.

ومنها: لو أوصى بمبعض لمورثه، وكان بينهما مهايأة، فإن قلنا: لا تدخل النادرة فى المهايأة أو لم يكن بينهما مهايأة، فقال الشيخ أبو على: إن انتهينا إلى ذلك أبطلنا الوصية أيضًا، فإن المبعض فيها يتصرف لمالك الرقبة وهو الوارث، وذلك غير جائز فبطلت الوصية، وأشار الإمام احتمالاً إلى أنها تبطل فى حصة الوارث وتصح فى حصة الشخص فإن التبعيض ليس بدعًا فى القضايا.

الثانى: ما نزلوه على الإشاعة فى الأصح، كما إذا باع صاعًا من صبرة، يعلم صيعانها صح البيع، ثم قال الأكثرون: ينزل على الإشاعة[(١)]، فلو كانت عشرة آصع وتلف العشر تلف من المبيع بقدره وهو العشر، وقيل: ينزل على واحد منهما حتى لو تلف شىء بقى المبيع، ولو بقى صاع، قال الرافعى فى آخر إحياء الموات: وحتى لو صب عليها صبرة أخرى، ثم تلف الجميع، إلا صاعًا يعين أيضًا[(٢)].

ومنها: قال الرافعى فى كتاب الإقرار: كيس فى يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما: لك نصف ما فى هذا الكيس، فيحمل إقراره على النصف الذى فى يده، أو على نصف ما فى يده وهو ربع الجميع فيه وجهان، بناء على القولين فى إقرار بعض الورثة بدين مع إنكار البعض، هل يلزمه جميع الدين أو قدر حصته؟ وجهان، والأصح الثانى[(٣)]، وفى الحاوى عن أبى العباس بن رجاء البصرى أنه حكى عن الإمام الشافعى، أن مذهبه بسؤال المقر، فإن قال: لا شىء لى فيه نزل إقراره فيه على ما يملكه، وإن قال: لى نصفه نزل الإقرار على الربع مشاعًا، وكان الربع الآخر له والنصف للشريك؛ لأن

---

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٣٦٢].

(٢) فقال فى الروضة: لو باع صاعًا من صبرة وصبَّ عليها صبرة أخرى، فإن البيع بحاله ويبقى البيع ما بقى صاع من الصبرة. انظر: روضة الطالبين [٥/٣١٢].

(٣) كذا ذكره فى الروضة، وقال النووى: أفقههما أن يحمل الإقرار على النصف المضاف إليه. انظر: روضة الطالبين [٤/٤١١].

المقر فى حقه وحق شريكه فيقبل إقراره على نفسه(١).

ومنها: فى القراض، لو كان رأس المال مائة والربح عشرين، فاسترد المالك عشرين بعد الربح، فالمسترد يكون شائعًا فى الربح، ورأس المال لعدم التمييز قطع به الرافعى(٢)، وقال ابن الرفعة: إن طريقة العراقيين تقتضى انحصار المسترد فى رأس المال.

ومنها: أصدقها عينًا وقبضتها، فوهبت للزوج نصفها ثم طلق قبل الدخول، فله نصف الباقى، أى: وهو الربع وربع بدل كله؛ لأن الهبة وردت على مطلق الجملة، فيشيع فيما أخرجته وما أبقته ومجموع الربعين عين قيمة النصف، وفى قول نصف الباقى؛ لأنه استحق النصف بالطلاق، وقد وجد فينحصر الرجوع فيه، وعلى هذا فتنحصر هبتها فى نصفها تصحيحًا لتصرفها(٣).

ومنها: اشترك اثنان فى التضحية بشاتين، لا يجزى فى الأصح(٤).

الثالث: ما نزلوه على الحصر قطعًا.

فمنه، لو قال اعطوه عبدًا من رقيقى فمات وماتوا كلهم، إلا واحدًا، تعينت الوصية فيه(٥) فلم ينزلوه على الإشاعة، كما قالوا فى البيع فى مسألة الصاع السابقة.

ومنها: لو أوصى بثلث عبد بعينه فاستحق ثلثاه، تناول الثلث المملوك إن وفى به ثلث ماله نص عليه الإمام الشافعى، رضى الله عنه، وقال أبو ثور: يرد إلى ثلث الثلث(٦)،

---

(١) كذا ذكره الماوردى، وقال: فقيل إقراره على نفسه ورد على شريكه وهذا وجه، ولو قيل: يلزم إقراره فى النصف كله كان له وجه محتمل. انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٧/٦٣].

(٢) قال الرافعى: إذا استرد المالك طائفة من المال، فإن كان قبل ظهور الربح، والخسران رجع رأس المال إلى القدر الباقى وإن ظهر ربح فالمسترد شائع ربحًا وخسرانًا على النسبة الحاصلة من جملتى الربح ورأس المال ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه فلا يسقط بالخسران الواقع بعده. انظر: روضة الطالبين [٥/١٤٤].

(٣) كذا ذكره الشيخ الخطيب الشربينى. انظر: مغنى المحتاج [٣/٢٤٠].

(٤) قطع به شمس الدين الرملى. انظر: نهاية المحتاج [٨/١٣٣].

وقال الشيخ الشبراملسى: ومثله ما لو اشترك أربعة عشر فى بدنتين؛ لأن كلاً إنما حصل له سبع البدنتين، فلم يحصل له منه إلا نصف سبع وذلك لا يكفى وإنما لا يكفى إلا سبع كامل من بدنه واحدة. انظر: حاشية الشبراملسى هامش نهاية المحتاج [٨/١٣٣]. واقتصر فى الروضة على الأصح. انظر: روضة الطالبين [٣/١٩٩].

(٥) كذا ذكره فى الروضة وقطع به. انظر: روضة الطالبين [٦/١٦٣].

(٦) وهو الذى ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٦/٢٠٧].

وكأنه أوصى بالثلث من كل جزء نقله فى البسيط، وقال: فى نظيره من المبيع خلاف فى المذهب أنّا نحصر أم نشيع، والفرق أن الوصية وإن ترددت تحمل على الصحة، كالوصية بالطبل يحمل على طبل الحرب[١] ميلاً إلى الصحة، والصحيح الحصر فى البيع أيضًا؛ لأنه باع النصف، وملك النصف، وذهب ابن سريج إلى أن الوصية تصح فى جزء من حصته، ويخالف البيع فإنه يفسد بتفريق الصفقة والوصية لا تفسد، فأمكن تفريقها.

ومنها: لو ملك نصابين من الإبل مثلاً، فواجب كل نصاب ينحصر فيه، كذا نقله الإمام أن المشايخ قالوه، وزعموا أنه متفق عليه، وإنما القولان فى النصاب والوقص، قال: والوجه أن يقال: واجب النصابين متعلق بجميع المال من غير انحصار واختصاص، والدليل عليه: أن بنت المخاض واجب نصيب وهى الأخماس، ثم لا وجه إلا إضافة بنت المخاض إلى جميع الخمس والعشرين من غير تخصيص وحصر وكذلك، إذا وجب فى ست وثلاثين بنت لبون فالوجه إضافتها إلى جميع المال، ثم إذا صح هذا فى الأسنان وجب طرده حيث تكون الزيادة بالعدد فالوجه إضافة الكل إلى الكل.

الرابع: ما نزلوه على الحصر فى الأصح.

فمنه: لو أوصى بثلث عبد، لا يملك منه، إلا الثلث، فالذى نقله صاحب التقريب أنه يصح فيما ملكه؛ لأن الظاهر المعقول من كلامه، أنه إنما أراد بما يملكه منه، وكأنه قال: أوصيت بنصيبى منه، وحكى وجها آخر، أنه يجعل ذلك جامعًا للنصيبين؛ لأن الثلث مشاع فى الجملة، فعلى هذا، لا يحصل إلا ثلث الثلث، الذى هو مالكه من العبد، وهو تسع جميع العبد[٢]، قال: وقد أشار الشافعى، رضى الله عنه، إلى هذا المعنى فى الإملاء فى المرأة إذا اختلعت بنصف مهرها، قبل الدخول بها.

ومنها: عبد مشترك بين مالكين وكّل أحدهما صاحبه فى عتق نصيبه، فقال: نصفك حر ولم يرد نصيبه، ولا نصيب شريكه، بل أطلق فعلى، أى: النصفين يحمل؟ وجهان: قال النووى: لعل أقواهما الحمل على المملوك، لا الموكل فيه[٣].

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١٥٦/٦].

(٢) كذا ذكره فى الروضة، وهو أحد قولين من طريقين، والثانى: وهو الأظهر، يستحق الثلث الباقى، والطريق الثانى: ثلث الثلث قطعًا. انظر: روضة الطالبين [٢٠٧/٦].

(٣) كذا ذكره فى زوائد الروضة، وقال: لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل. انظر: روضة الطالبين [١٣١/١٢].

قلت: وقد يوجه بأن تصرفه فيما هو ملكه أتم، وكان حمله عليه أنسب.

ولو قال أحد الشريكين: أعتقت من هذا العبد النصف، فهل يختص بجانبه أو يشيع فى الجانبين؟ فيه وجهان، ولا تظهر له فائدة هنا؛ لأنه إذا أعتق شيئًا من ملكه سرى إلى بقية نصيب شريكه، إلا إذا كان معسرًا(١)، ونظير المسألة وكيل المرأة فى الخلع، إذا أطلق ولم يضف إليها ولا إلى نفسه، ولا نوى شيئًا، قال الغزالى: تحمل على الوكالة، وللرافعى فيه بحث(٢) والأول أرجح؛ لأن خلع الأجنبى نادر، بخلاف الوكيل.

ومنها: لو ملك نصفًا من عبد، أو دار، وقال: بعتك النصف منه، ولم يضف إلى ملكه فوجهان، أصحهما عند النووى ينصرف إلى نصفه المملوك، والثانى: إلى نصف العبد شائعًا(٣)، وصححه صاحب التهذيب فى باب الشركة، فعلى هذا يصح البيع فى نصف ذلك النصف بمصادقته ملك الشريك، ويجرى نصف النصف قولاً تفريق الصفقة.

قال الإمام: ولو أقر أحد الشريكين بنصف العبد المشترك، يجرى فيه الوجهان، لكنه فى نصف نصيبه يصح قولاً واحدًا؛ لأن الإقرار ليس بعقد فيتفرق.

ومنها: لو قال لزوجته قبل الدخول: أنت طالق على نصف صداقك، إما أن يقول: الذى تملكينه الآن، أو الذى أملكه، أو يطلق، فإن أطلق، ففيها قولاً الحصر والإشاعة والأصح قول الحصر، فعلى هذا يصح فى نصفها ويقع الطلاق، ويرجع فى جميع الصداق النصف بالطلاق والنصف بالخلع، وإن قلنا: بالإشاعة رجع له النصف وهو قد خالعها على شىء يملكه وشىء لا يملكه، فرجع إلى مهر المثل.

ومنها: إذا ابتاع ذراعًا من أرض يعلم أنها عشرة أذرع صح، وكأنه باع العشر فهو تنزيل على الإشاعة، قال الإمام: إلا أن يعين معينًا، فيبطل كمسألة القطيع(٤)، ولو

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١٢/ ١١٠، ١١١].

(٢) فقال: ولو أطلق ولم يضف إليها، ولا إليه، فإن قلنا: بالمشهور فعلى الوكيل ما سماه وفيما عليها منه قولان: أظهرهما عليها ما سمت والباقى على الوكيل، فعلى هذا لو طالب الزوج الوكيل به رجع على الزوجة بما سمت، والثانى: عليها أكثر الأمرين مهر المثل وما سمت فإن بقى شىء مما سمى فعلى الوكيل وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوكيل لم تجب تلك الزيادة؛ لأن الزوج رضى بما سمى الوكيل. انظر: روضة الطالبين [٧/ ٣٩٣].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣/ ٣٦١].

(٤) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/ ٣٦٢].

اختلفا، فقال المشترى: أردت الإشاعة فالعقد صحيح، وقال البائع: بل أردت معينًا ففى المصدق احتمالان أرجحهما عند النووى تصديق البائع[١].

ومنها: إذا قال قارضتك على أن نصف الربح لك صح فى الأصح أو لا؟ لم يصح فى الأصح، فلو قال: خذ المال قراضًا بالنصف وأطلق، فكلام سليم فى المجرد يقتضى أن فيه وجهين[٢]، وقال ابن الرفعة فى المطلب: الأشبه الصحة تنزيلاً على شرط النصف للعامل، قال سليم: وإذا قلنا بالصحة، فقال رب المال: أردت أن النصف لى فيكون فاسدًا وادعى العامل العكس صدق العامل؛ لأن الظاهر معه وهذا يخالف ترجيح النووى فى التى قبلها.

ومنها: ملك أربعين شاة وحال عليها الحول، فهل وجب للفقراء شاة مبهمة أم وجب لهم جزء شائع من أربعين جزءًا منها؟ فيه وجهان، حكاهما الرافعى بلا ترجيح[٣].

ومنها: رجل له زوجتان أو أكثر حلف بالطلاق ولم يعين واحدة منهن وحنث، أفتى النووى له التعيين فى واحدة منهن ولا طلاق على الباقيات؛ لأنه التزم الطلاق، وذلك يحصل بطلاق واحدة فلا يكلف زيادة[٤]، وخالفه الباجى، وقال: يقع على كل واحدة طلقة؛ لأنه يقع بالحنث طلقة عليهن على كل واحدة بعضها وتكمل.

ومنها: لو قال لزوجته: أنت طالق نصف طلقتين تقع عليه واحدة على الأصح، والثانى: طلقتان[٥] حملاً له على الإشاعة، كما لو قال له: نصف هذين الكيسين فله من كل كيس نصفه، وإذا وقع نصف طلقة تكمل.

* * *

الحقوق

أربعة أقسام: **الأول:** ما لا يقبل الإسقاط ولا النقل ولا الإرث كحق الرجوع فى الهبة، وحق الزوج فى الاستمتاع، وحق العاقلة فى التأجيل، وحق الإرث، وحق ولاية النكاح، وحق الحضانة، وحق التقدم فى الإمامة العظمى، وحق تفضيل الذكور على

---

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣٦٢/٣].

(٢) قال فى الروضة: يصح على الصحيح وكان بينهما نصفين. انظر: روضة الطالبين [١٢٤/٥].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٢٢٨/٢].

(٤) وهو الذى ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٠٣/٨].

(٥) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٨٧/٨].

الإناث فى تقديمهم عليهن واستحقاق التدريس، وحق سراية العتق.

الثاني: يقبل الإسقاط والإرث دون النقل كالحدود والقصاص والوصايا، والولايات ونحوها.

الثالث: ما لا يقبل النقل ولا الإرث كحق الوالدين.

الرابع: ما لا يقبل النقل ولا الإرث ويقبل الإسقاط كالسبق إلى مقاعد الأسواق وكذا حق التقديم فى الحِلَق.

الخامس: ما لا يقبل النقل ويقبل الإسقاط، وكذا الإرث على الأصح كخيار المجلس، وأما خيار الثلاث فيقبل الإرث قطعًا والإسقاط دون النقل.

* * *

الحقوق تورث كما يورث المال

بدليل قوله ﷺ: «من ترك حقًا فلورثته»[1]، وأورده ابن السمعانى فى الاصطلام بلفظ «مالاً» أو «حقًا» فيورث خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وأما الأجل فإنما لا يورث؛ لأنه حق عليه لا له، ألا ترى أنه يتأخر حقه من التركة ليقضى الديون، ولا يتصور إرث لحق يكون عليه، وأيضًا فإن الأجل وإن كان حقًا ماليًا؛ لأنه صفة للدين، والدين لا يورث، وكيف يورث الأجل، ومتى يتصور أن يكون الدين على شخص والأجل لغيره، فإن قيل: لم لا وجب أن يكون الدين باقيًا على الميت فى ذمته بأجله؟.

قلنا: ليس هذا من هذه المسألة فى شىء، وإنما لم يبق لأن منفعته فى سقوط الأجل وقضاء الدين يفرغ ذمته، وإذا كان الأجل لنفسه فمتى كانت المنفعة فى سقوطه سقط.

والضابط: أن ما كان تابعًا للمالك يورث عنه كخيار المجلس[2]، وسقوط الرد بالعيب، وحق الشفعة وكذلك ما يرجع للتشفى كالقصاص؛ لأنه قد يؤول إلى المال

---

(١) أخرجه البخارى فى الكفالة [٥٥٧/٤] - ح [٢٢٩٨]، ومسلم فى الفرائض [١٢٣٧/٣] - ح [١٦١٩/١٤]، وأبو داود فى الفرائض [١٢٢/٣- ١٢٣] - ح [٢٨٩٩]، والترمذى فى الجنائز [٣٧٣/٣] - ح [١٠٧٠]، وابن ماجه فى الفرائض [٩١٤/٢- ٩١٥] - ح [٢٧٣٨]، والنسائى فى الجنائز [٥٣/٤]، باب: الصلاة على من عليه دين، والإمام أحمد فى مسنده [٣٨٨/٢- ٣٨٩] - ح [٧٩١٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٧٢].

وكذا حد القذف، وهذا بخلاف ما يرجع للشهوة والإرادة، كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعى لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين، وكذلك إذا طلق إحدى امرأتيه لا بعينها، ثم مات، وكذا اللعان إذا قذف المورث زوجته ثم مات لم يقم الوارث مقامه فى اللعان؛ لأنه من توابع النكاح، وهو أيضًا يرجع للشهوة.

وقال فى التتمة: خيار الرؤية ينتقل للورثة فى صورتين:

إحداهما: إذا مات قبل أن يطلع على العيب.

والثانية: إذا أطلع عليه ولم يتمكن من الفسخ حتى مات، وقلنا: يجوز تأخير الفسخ إلى وقت التمكين بحضرة الشهود والحاكم، وأما إذا اطلع عليه ولم يفسخ مع التمكين بطل حقه، فأما خيار القبول لا يورث، كما لو أوجب البيع لإنسان فقبل أن يقبل، مات المشترى ووارثه حاضر فأراد القبول لا يجوز؛ لأن خيار القبول ليس بلازم.

واعلم: أن الحقوق لا تورث مجردة ابتداء وإنما تورث تبعًا للأموال، كما فى الخيار ونحوه، فلو لم يرث المال المانع قام به لم ينتقل إليه بشىء، كما إذا وهب لولده ثم مات الواهب ووارثه أبوه، لكون الولد مخالفًا له فى الدين فلا رجوع للجد الوارث؛ لأن الحقوق إنما تورث تبعًا للأموال وهو لا يرث، وكذا لو وهب لولده ثم مات لم يكن لوارث غيره الرجوع فى ذلك، وإن كان ذلك من توابع المال؛ لأن الموهوب غير موروث عنه وحق الرجوع متعلق بصفة الأبوة وقد مات.

وأما الولاء فقال بعضهم: يحتمل أن يقال: أنه غير موروث بدليل أنه لا ينتقل لجميع الورثة، والأظهر أنه يورث لكن للعصبات خاصة.

قلت: قال القفال فى شرح التلخيص: هذا الذى يقوله الفقهاء: أن فلانًا وارث الولاء وفلانًا لم يرثه، إنما هو تجوز فى العبارة؛ لأن الولاء لا يورث بل يورث به.

* * *

الحقوق المورثة على أربعة أضرب

أحدها: ما ثبت لجميع الورثة ولكل واحد منهم بتمامه، وهو حد القذف فى الأصح فإذا عفقا بعضهم فللباقى الاستيفاء كاملاً؛ لأنه إنما شرع لدفع معرة الميت، وكل واحد

منهم يقوم مقام صاحبه فيه ولا يدفع العار إلا بتمام الحد[١].

الثاني: ما ثبت لجميعهم على الاشتراك ولكل واحد منهم حصته، سواء ترك شركاؤه حقوقهم أو لاً وهو حق المال[٢].

الثالث: ما ثبت لجميعهم على الاشتراك ولا يملك أحدهم على الانفراد شيئًا منه، وهو القصاص إذا عفا أحدهم يسقط الكل[٣].

الرابع: ما ثبت لهم على الاشتراك، وإذا عفى بعضهم يوفر الحق على الباقين، وهو حق الشفعة[٤] ونحو ذلك الغنيمة.

* * *

حقوق الله تعالى على ثلاثة أقسام

الأول: عبادات محضة يترتب عليها نيل الدرجات والثواب، وتتعلق بأسباب متأخرة كالنصاب والزكاة والوقت للصلاة والصوم.

الثاني: عقوبات محضة تتعلق بمحظورات هي عنها زاجرة.

الثالث: كفارات وهي مترددة بين العقوبة والعبادة، ثم غالب الكفارات يكون عن المحرمات كما لو واقع في رمضان، والامساك في الظهار والقتل، وقد يكون في غير محرم لكن فيه مشابهة لكفارة اليمين، فإن الحنث وإن جاز لكن يقتضي الدليل حرمته، فإنه إخلال بتعظيم الله تعالى.

* * *

حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة

والمعنى أنه سبحانه وتعالى أن يلحقه ضرر في شيء.

ومن ثم قبل الرجوع عن الإقرار بالزنى ويسقط الحد، بخلاف حق الآدميين فإنهم يتضررون.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٧٢].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٧٢].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٧٢].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٧٢].

والحقوق المالية الواجبة لله تعالى على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يجب لا بسبب مباشرة من العبد كزكاة الفطر، فإذا عجز عنها وقت الوجوب لم تثبت في ذمته حتى لو أيسر بعد لم يلزمه.

الثاني: ما يجب بسبب مباشرته على جهة البدل أما عن إتلاف كجزاء الصيد، فإذا عجز وقت وجوبه ثبت في ذمته تغليبًا لمعنى الغرامة، وأما عن الاستمتاع ككفارة اللباس والطيب، فكذلك على الصحيح في شرح المهذب(١).

الثالث: ما يجب لكن لا على جهة البدل، ككفارة الجماع واليمين والقتل والظهار ففيها قولان أظهرهما تثبت في الذمة عند العجز(٢).

وأما حقوق الآدميين المالية، فإنما تجب بسبب مباشرته من التزام أو إتلاف، ولا تسقط بالعجز أصلاً، ثم إن كانت مؤجلة، فلا تستحق إلا بحلول الأجل، وإن كانت حالة فهل يجب ادؤه قبل الطلب؟ فيه خمسة أوجه سبقت في حرف الهمزة في أداء الواجبات.

* * *

حقوق الله تعالى، إذا اجتمعت فهي على أقسام

الأول: ما يتعارض وقته فيقدم آكده.

فمنه: تقديم الصلاة آخر وقتها على رواتبها، وكذلك على المقضية إذا لم يبق من الوقت إلا ما يسع الحاضرة، فإن كان يسع المؤداة والمقضية فالفائتة أولى بالتقديم مراعاة للترتيب(٣).

ومنها: تقديم النوافل المشروع فيها الجماعة كالعيدين على الرواتب، نعم تقدم الرواتب على التراويح في الأصح، وتقديم الرواتب على النوافل المطلقة، وتقديم الوتر على ركعتي الفجر في الأصح، وتقديم الزكاة على صدقة التطوع، والصيام على نفله، والنسك الواجب على غيره، وإذا تيقن المسافر وجود الماء آخر الوقت فتأخير الصلاة لانتظاره أفضل من التقديم بالتيمم(*).

(١) انظر: المجموع شرح المهذب للنووي [٧/٥١٣].

(٢) والثاني: لا شيء عليه أصلاً. انظر: روضة الطالبين [٢/٣٨٠].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٣٣٦].

(*) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٣٣٦].

ولو أوصى بماء لأولى الناس به قدم غسل الميت على غيره[١]، وغسل النجاسة على الحدث؛ لأنه لا بدل[٢] له، وفى غسل الجنابة والحيض ثلاثة أوجه، ثالثهما أنهما سواء فيقرع[٣]، ويقدم غسل الميت والجمعة على غيرهما من الاغتسال وأيهما يقدم قولان:

فصحح العراقيون الغسل من غسل الميت؛ لأن الإمام الشافعى، رضى الله عنه، علق القول بوجوبه على صحة الحديث[٤]، وصحح الخراسانيون وتابعهم النووى غسل الجمعة[٥]، لصحة أحاديثه[٦].

ومنها: قاعدة المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكانها[٧].

الثانى: ما يتساوى فيه لعدم المرجح، كمن عليه فائت من رمضانين، فإنه يبدأ بأيهما شاء، وكذلك الشيخ الذى عليه فدية أيام من رمضانين، ومن عليه شاتان مَنْذُورَتان فلم يقدر إلا على أحداهما، أو نذر حجًا أو عمرة قرانا، فإنه يبدأ بأيهما شاء.

الثالث: ما تفاوتت، فيقدم المرجح، كالدم الواجب فى الإحرام، والزكاة الواجبة، فإذا اجتمعا فى شاة، فالزكاة أولى، ومثله زكاة التجارة والفطرة، إذا اجتمعا فى مال

---

(١) وذلك قطعًا إذا كان عليه نجاسة، وإلا فوجهان مشهوران الصحيح منهما عند الأصحاب أن الميت أحق. انظر: المجموع شرح المهذب [٥١٣/٧].

(٢) وهو الأصح، والثانى: الجنب، والثالث: سواء، هذا إذا أوجبنا استعمال الناقص، وكان الماء يكفى للوضوء دون الغسل، وإن لم نوجب استعمال الناقص، فالحدث أولى. انظر: روضة الطالبين [١٠١/١].

(٣) وهو الأصح، وإن أوجبنا استعمال الناقص، أما إن لم نوجب استعمال الناقص فالأصح الحائض أولى، والثالث: الجنب أولى. انظر: روضة الطالبين [١٠١/١].

(٤) أخرجه أبو داود فى الطهارة [٩٤/١] - ح [٣٤٨]، والترمذى فى الجنائز [٣٠٩/٣] - ح [٩٩٣].

(٥) كذا ذكره فى زوائد الروضة، وقال: الصواب الجزم بترجيح غسل الجمعة. انظر: روضة الطالبين [٤٣/٢]. وكذا ذكره فى المجموع. انظر: المجموع شرح المهذب [٢٠٤/٢].

(٦) أخرجه البخارى فى الجمعة [٤١٥/٢] - ح [٨٧٩]، ومسلم فى الجمعة [٥٨٠/٢] - ح [٨٤٦/٥].

(٧) ذكرها السيوطى. ومنها: الصلاة فى جوف الكعبة أفضل من الصلاة خارجها، فإن لم يرج فيها الجماعة كانت خارجها فالجماعة خارجها أفضل. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٧].

يقصر عنهما، فالفطرة أولى، لتعلقهما بالعين.

ولو وجبت عليه كفارة الظهار والقتل، ووجد الإطعام لإحداهما وهو من أهله، وقلنا: بالإطعام فى القتل، فالظهار أولى.

الرابع: ما اختلف فيه كالعارى هل يصلى قائمًا؟، ويتم الركوع والسجود محافظة على الأركان، أو يصلى قاعدًا موميًا محافظة على ستر العورة أو يتخير بينهما؟ والأصح الأول(١)، وكذا المحبوس بمكان نجس، والأصح أنه لا يسجد ولا يجلس، بل ينحنى للسجود إلى القدر الذى لو زاد عليه لاقى النجاسة.

ولو كان فى موضع نجس ومعه ثوب، فهل يبسطه ويصلى عريانًا أو يصلى فيه أو يتخير بينهما؟ فيه الأوجه الثلاثة(٢)، ولو لم يجد، إلا ثوب حرير، فالأصح تجب الصلاة فيه، ولو اجتمع عراة فهل يستحب أن يصلوا فرادى أو جماعة أو يتخيروا أم هما سواء؟ فيه ثلاثة أوجه(٣).

ومنه مسألة ابتلاع الخيط فى رمضان، والأصح مراعاة مصلحة الصلاة، وقد سبقت فى فصول التعارض.

القسم الثانى:

حقوق الآدميين إذا اجتمعت: فتارة تستوى كالقسم والنفقة بين الزوجات، وتساوى أولياء النكاح فى درجة، وتسوية الحكام بين الخصوم فى المحاكمات، وتساوى الشركاء فى القسمة والإجبار عليها، والتسوية بين السابقين إلى مباح.

وتارة يترجح أحدهما كنفقة نفسه على نفقة زوجته وقريبه، وتقديم نفقة زوجته على نفقة قريبه، وتقديم غرمائه عليه فى بيع ماله، وقضاء دينه، وتقديمه على غرمائه بنفقته ونفقة عياله وكسوتهم فى مدة الحجر، وتقديم المضطر على غير المحتاج إليه، وتقديم ذوى الضرورات على ذوى الحاجات، والتقديم بالسبق إلى المساجد ومقاعد الأسواق، وتقديم حق البيع على حق الشرى، والتقديم فى الإرث بالعصوبة وقرب الدرجة وفى

---

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١/١٢٢].

(٢) الذى ذكره فى الروضة الوجه الأول، والثانى فقط، وجعل الأظهر: أن يبسطه على النجاسة ويصل عاريًا. انظر: روضة الطالبين [١/٢٨٩].

(٣) قال النووى فى زوائد الروضة: الثالث، هو المختار، وما حكاه المحققون عن الجديد وصورة المسألة إذا كانوا بحيث يتأتى نظر بعضهم إلى بعض. انظر: روضة الطالبين [١/٢٨٥].

ولاية النكاح بالأبوة والجدودة، ثم بالعصوبة، ثم بالولاء وتقديم حق الجناية على حق المرتهن، وإذا اجتمع على المكاتب ديون، فالأصح تقديم دين الأجنبى على دين الكتابة، والحق الثابت لمعين أقوى من الحق الثابت لغير معين، ولهذا تجب زكاة المال الموقوف على معين، بخلاف غير المعين، والحق المتعلق بالعين أقوى من المتعلق بالذمة، ولهذا قدم البائع على المفلس بالسلعة على الغرماء، وكذلك المرتهن يقدم بالمرهون، ويقدم ما له متعلق واحد على ما له متعلقان، كما لو جنى المرهون يقدم المجنى عليه على المرتهن؛ لأنه لا متعلق له سوى الرقبة، وحق المرتهن ثابت فى الذمة.

الثالث: أن يجتمع حق الله تعالى، وحق الآدمى وهو ثلاثة أقسام:

الأول: ما قطع فيه بتقديم حق الله تعالى، كالصلاة والزكاة والصوم والحج، فإنها تقدم عند القدرة عليها على سائر أنواع الترفه والملاذ تحصيلاً لمصلحة العبد فى الآخرة، وكذلك تحريم وطء المتحيرة، وإيجاب الغسل لكل صلاة.

الثانى: ما قطع فيه بتقديم حق الآدمى، كجواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه(١) ولبس الحرير عند الحكة(٢)، وكتجويز التيمم بالخوف من المرض وغيره من الأعذار، وكذلك الأعذار المجوزة لترك الجمعة والجماعات، والفطر فى رمضان والحج والجهاد وغيرها، والتداوى بالنجاسات غير الخمر، وإذا اجتمع عليه قتل قصاص ورده قدم القصاص(٣) وجواز التحلل بإحصار العدو.

الثالث: ما فيه خلاف بحقه. فمنها، إذا مات وعليه زكاة ودين آدمى وفيه أقوال، ثالثها يتساويان والأصح تقديم حق الله تعالى(٤).

ومنها: الحج والكفارة، وكذلك حق سراية العتق مع الديون، والأصح تقديم الحج والكفارة والسراية، قال الرافعى فى كتاب الأيمان: ولا تجرى هذه الأقوال فى حق

---

(١) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١٣٤/٤].

(٢) وهو المذهب، وبه قطع الشيرازى والجمهور وفيه وجه، أنه لا يجوز وحكاه الشيرازى فى التنبيه والرافعى، وقال عنه النووى: وليس بشىء. انظر: المجموع شرح المهذب [٤٤٠/٤].

(٣) كذا ذكره الشيخ السيوطى، وقال: وقيل فى الزنا: يقتل رجمًا بإذن الولى ليتأدى الحقان. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٧].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٥].

المحجور، بل يقدم حق الآدمى ويؤخر حق الله تعالى، ما دام حيا[١]، ومراده الحقوق المسترسلة فى الذمة دون ما يتعلق بالعين، فإنه يقدم حيًا وميتًا، ولهذا الزكاة الواجبة فى المرهون تقدم على حق المرتهن، وإذا اجتمع على التركة دين آدمى وجزية، فالصحيح تساويهما، والفرق بينها وبين الزكاة أن المغلب فى الجزية حق الآدمى[٢]، فإنها عوض عن سكنى الدار، فأشبهت غيرها من ديون الآدميين، ولهذا لو أسلم أو مات فى أثناء السنة، لا تسقط الجزية، ولو مات فى أثناء الحول، لم تجب الزكاة، وأيضًا فإن الجزية تجب فى أول الوجوب وجوبًا موسعًا، والزكاة لا تجب، إلا بآخر الحول.

ومنها: إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير؟ فأقوال الثالث: يتخير، والأصح عند الرافعى أنه يأكل الميتة، فيقدم حق الآدمى[٣].

ومنها: لو بذل له الولد الطاعة فى الحج وجب على الأب قبوله[٤]، وكذا لو بذل له الأجرة على وجه[٥]، ولم نوجب عليه القبول فى دين الآدمى، بلا خلاف.

فائدة:

قال فى البحر فى باب الإقرار: اعلم أن حقوق الله تعالى، كحد الزنى والشرب لا يلزم الإقرار به، بل هو مندوب إلى ستره والتوبة منه، وأما حق الآدمى كالقصاص وحد القذف فعليه الإقرار به والتمكين من استيفائه، وأما حق الله تعالى المالى، كالزكاة والكفارة، لا يلزمه الإقرار، بل عليه أداؤه عن إقراره، أما حق الآدمى من الدين والعين والمنفعة، والحق كالشفعة ونحوه، فإن كان مستحقه عالمًا به لزمه أداؤه من غير إقرار عينًا، إذ لا تدارك فيه ما لم يقع منه تناكر، وإن كان غير عالم به لزمه الإقرار بالتصادق والاتفاق فى الإقرار به والأداء.

* * *

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١/٢٥].

(٢) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٣٥].

(٣) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٢٢٨].

(٤) كذا ذكره فى الروضة، وقال النووى فى زوائد الروضة: وحكى السرخسى فى الأمالى وجهًا واهيًا: أنه لا يلزمه. انظر: روضة الطالبين [٣/١٥].

(٥) والأصح أنه لا يلزمه قبوله لعظم المنة. انظر: روضة الطالبين [٣/١٦].

الحكم[١]

هو على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يؤاخذ به فى الظاهر دون الباطن، وهو مسائل التديين فى الطلاق.

الثانى: ما يؤاخذ به فى الباطن دون الظاهر، كما لو باع المال الزكوى فرارًا من الزكاة يسقط عنه فى الظاهر[٢]، وهو مطالب فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك إذا طلق المريض زوجته فرارًا من الإرث[٣]، وكذا، لو أقر لوارثه لحرمان الباقى، وكذا لو سعى برجل إلى ظالم، فأخذ منه مالاً، وقيل: يضمنه باطنًا لا ظاهرًا، حكاه الرويانى وزيفه، فإن الضمان، لو وجب فى الباطن لوجب فى الظاهر، وكذا إقرار السفيه بالمال لا يلزمه فى الظاهر دون الباطن[٤].

الثالث: ما يؤاخذ به فى الظاهر والباطن وهو كثير.

* * *

حكم الحاكم فيه مباحث

الأول: فى المسائل الاجتهادية، هل يغير الحكم باطنًا؟ فيه وجهان: أصحهما، كما قاله الرافعى فى باب القسامة، إن الذى إليه ميل الأئمة الحل باطنًا[٥].

ويتفرع عليها فروع كثيرة:

منها: للشافعى طلب شفعة الجوار من حنفى مثلاً، وفيه وجهان، أصحهما: الحل[٦].

الثانى: قالوا: حكم الحاكم فى المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف، وهذا مقيد بما لا ينقض فيه حكم الحاكم، أما ما ينقض فيه فلا.

---

(١) قال إمام الحرمين: الحُكم: هو الإيجاب وذلك جائز فى العقول والشريعة، وقيل: معناه فى عرف الشرع: كل قول ملزم، أو ما لا يؤمن بالمخالفة فيه اللوم. انظر: الكافية فى الجدل لإمام الحرمين الجوينى [ص/٧٠].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٥٣].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٥٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١٨٥/٤].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٨/١٠].

(٦) انظر: روضة الطالبين [١٥٤/١١].

الثالث: مدار نقض الحكم على تبين الخطأ، والخطأ إما فى جتهاد الحاكم فى الحكم الشرعى، حيث تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلى بخلافه، ويكون الحكم مرتبًا على سبب صحيح، وإما فى السبب، حيث يكون الحكم مرتبًا على سبب باطل، كشهادة الزور، وفى القسمين تبين أن الحكم لم ينفذ فى الباطن، خلافًا لأبى حنيفة فى الثانى فى العقود والفسوخ، وأما الحكم الصادر على سبب صحيح، وهو موافق لحكم الشرع إجماعًا أو نصًا أو قياسًا جليًا، فنافذ قطعًا ظاهرًا وباطنًا والصادر على سبب صحيح، ولكنه فى محل مختلف فيه أو مجتهد فيه متقدم فيه خلاف، ولا دليل على رده فنافذ ظاهرًا وباطنًا أيضًا، وقيل: لا ينفذ باطنًا فى حق من لا يعتقده.

ومثاله: شفعة الجوار، إذا حكم بها حنفى، والأصح حلها على ما قاله صاحب المهذب(١)، ورجل مات عن ابنين فادعى رجل عليه دينًا فأقر به أحدهما وأنكره الآخر، فقضى القاضى على المقر بكل الدين، قال القاضى الحسين: نفذ ظاهرًا وباطنًا؛ لأن السبب موجود، وهو وجود الدين على أبيه، والوارث المقر يعلم أنه لا يستحق شيئًا من التركة، إلا بعد قضاء الدين، بخلاف غيره من المواضع التى لا ينفذ فيها قضاء القاضى، إلا ظاهرًا لأن السبب غير موجود هناك.

* * *

الحلال

عند الإمام الشافعى، رضى الله عنه: ما لم يدل دليل على تحريمه، وعن أبى حنيفة، رحمه الله: ما دل الدليل على حله.

وأثر الخلاف يظهر فى المسكوت عنه، فعلى قول الشافعى، رضى الله عنه، هو من الحلال، وعلى قول أبى حنيفة، رحمه الله: هو من الحرام، ويعضد قول الشافعى، رحمه الله: قوله تعالى: ﴿**قل لا أجد فيما أوحى إلىّ محرمًا**﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وقوله ﷺ: «وسكت عن أشياء رحمة بكم، فلا تبحثوا عنها»(٢).

وعلى هذه القاعدة، يتخرج كثير من المسائل المشكل حالها، وبه يظهر وهم من خرجها على أن الأصل فى الأشياء الحل أو الإباحة.

---

(١) وهو الذى صححه النووى فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١/١٥٤].

(٢) عن ابن عباس موقوفًا، «بلفظ: وما سكت عنه، فهو عفو»، أخرجه أبو داود فى الأطعمة [٣/٣٥٤] - ح [٣٨٠٠]، وعن سلمان مرفوعًا، أخرجه الترمذى فى اللباس [٤/٢٢٠] - ح [١٧٢٦]، وابن ماجه فى الأطعمة [٢/١١١٧] - ح [٣٣٦٧].

ومنها: الحيوان المشكل أمره وفيه وجهان أصحهما الحل، وذكر الرافعى فى كتاب الأطعمة، أن فى موضع الإشكال يميل الشافعى، رحمه الله، إلى الإباحة[(١)]، ويميل أبو حنيفة، رحمه الله، إلى التحريم.

ومنها: النبات المجهول تسميته، قال المتولى: يحرم أكله، وخالفه النووى وهو الأقرب الموافق للمحكى عن الشافعى، رحمه الله، فى التى قبلها، والذى قاله المتولى يشبه المحكى فيها، عن أبى حنيفة، رحمه الله.

ومنها: إذا لم يعرف حال النهر هل هو مباح أو مملوك، هل يجرى عليه حكم الإباحة أو الملك؟ حكى الماوردى فيه وجهين مبنيين على أن الأصل الحظر أو الإباحة.

* * *

الحلف[(٢)] يتعلق به مباحث

الأول: هو ما تعلق به حث أو منع أو تحقيق خبر، ولو قال لامرأته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق إن شاء الله تعالى، قال صاحب الكافى: قياس مذهبنا أنه لا يقع؛ لأنه حلف بطلاقها غير أنه لا يعرف وجود مشيئة الله تعالى، فامتنع الحنث.

واعلم أن الحلف ليس بيمين، واليمين حيث أطلقت، إنما يراد بها الموجبة للكفارة، والحلف قد يكون كذلك وقد لا يكون، كما فى التعليق على الحث أو المنع أو التحقيق، وقد غاير الرافعى فى كتاب الإيلاء بينهما، فقال فيما، إذا حلف على أربعة أشهر فما دونها: لا يكون موليًا، والذى جرى منه يمين أو تعليق[(٣)] فأفهم أن التعليق ليس بيمين.

الثانى: الحنث فى الحلف الواحد بالله تعالى، لا يوجب إلا كفارة واحدة، وإن تعدد المحلوف عليه، ومتى وجد الحنث مرة انحلت اليمين ولا تعاد مرة ثانية، وإن شئت فقل الحلف الواحد على المتعدد يوجب تعلق الحنث بأى واحد وقع، ولا تتعدد الكفارة؛ لأن اليمين الواحدة، لا يتبعض فيها الحنث، بل متى حصل حنث حصل الانحلال، وإذا قال:

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٣/٢٧٦].

(٢) ويطلق عليه اليمين: وهو تحقيق أمر غير ثابت ماضيًا كان أو مستقبلاً نفيًا أو إثباتًا ممكنًا أو ممتنعًا صادقة كانت أو كاذبة مع العلم بالحال أو الجهل به. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/٣٢٠].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٨/٢٤٦].

والله لا أدخل كل واحدة من هاتين الدارين، فدخل واحدة منهما حنث، وسقطت اليمين على ظاهر المذهب[(١)] خلافًا لصاحب الإفصاح، كما قاله فى البحر، وفيه رد لقول الرافعى فى باب الإيلاء أنه، إذا أراد بقوله: والله لا أجامع كل واحدة منكن تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق بصواحبها أنها إذا وطء واحدة لا يرتفع اليمين[(٢)]، وقد قال الأصحاب، رحمهم الله، فى كتاب الأيمان: أن تقدير المقسم به، لا يقتضى يمينًا، ولو نواه الحالف، ومن ثم لو قال: حلفت لأفعلن كذا أو أقسمت لأفعلن ليس بيمين، وإن نواه وغاية التقدير، الذى قدره الإمام والرافعى أن يكون كهذا[(٣)]، ولا أثر له فى إلزام الكفارة، أما من قال: والله لا أكلم زيدًا ولا عمرًا، ففيها احتمالان، أحدهما: أنه لا يحنث، إلا بالمجموع وهو ما فى الوسيط، وكأن «لا» عنده زائدة لتوكيد النفى، والثانى: وعليه الجمهور أنه يحنث بأى واحد كلمه، وفى وجوب الكفارة بكلام كل منهما الخلاف[(٤)]، وهذا كله فى الحلف بالله، أما لو كان بالطلاق ونحوه من صور الإيلاء، فإن نوى تعدد الطلاق كان متعددًا، وإن أطلق، فالأقرب أنه لا يتعدد، ولا يلزمه، إلا طلاق واحد.

أما الحلف المتعدد، فالأصل فيه تعدد موجبه.

ولهذا، لو قال: أنت طالق، وكرره، وأطلق حنث بتعدده فى الأصح[(٥)]، بخلاف ما لو كرر لفظ الظهار، وأطلق فالأصح، خلافًا للحاوى الصغير، أنه تلزمه كفارة واحدة[(٦)]، والفرق أن فى الطلاق موجب اللفظ الثانى غير الأول، بخلاف الظهار، لاشتراكهما فى التحريم، ولا نظر إلى تعدد الكفارة على القول المرجوح؛ لأن تعددها من حيث العدد لا

---

(١) ومثله لو قال: لا أكلم أحدهما، أو قال واحدًا منهما: ولم يقصد واحدًا منهما بعينه فيحنث إذا كلم أحدهما وتنحل اليمين ولا يحنث بكلام الآخر. انظر: روضة الطالبين [٣٦/١١].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٢٣٩/٨- ٢٤١].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٩/١١].

(٤) قال فى الروضة: هما يمينان لا تنحل إحداهما بالحنث فى الأخرى. انظر: روضة الطالبين [٣٦/١١].

(٥) قال فى الروضة: وهو الأظهر، ولو قال: أنت طالق طالق، فقال القاضى حسين: يقع عند الإطلاق طلقة قطعًا، وقال الجمهور: لا فرق بين اللفظين، أى: فيها الوجهان. انظر: روضة الطالبين [٧٨/٨].

(٦) الذى ذكره فى الروضة: إن أطلق فكل مرة ظهار مستقل له كفارة، وفى قول ضعيف: لا يكون الثانى ظهارًا ما لم يكفر عن الأول. انظر: روضة الطالبين [٢٧٦/٨].

من حيث مجرد اللفظ، ولو قال: كل ما أملكه حرام عليَّ، وله زوجات وإماء، ونوى التحريم فيهن أو طلق، وجعلناه صريحًا كفاه للجميع كفارة واحدة فى الأصح[(١)].

ويجرى الخلاف فيما لو قال لأربع نسوة: أنتن حرام عليّ[(٢)]، ولو قال: أنتن عليَّ حرام، ونوى التحريم أو أطلق، فإن قالها فى مجلس واحد كفته كفارة واحدة، وإن تعدد المجلس، وأراد التكرار فكذلك، وإن أراد الاستئناف فعليه لكل واحدة كفارة، وقيل: يكفى كفارة واحدة[(٣)]، وإن أطلق فقولان حكاهما الرافعى فى فصل الكناية، بلا ترجيح: والأرجح كفارة واحدة، كما فى الأيمان[(٤)]، وهو منزل منزلتها.

ولو كرر أنت طالق ثلاثًا بلا نية له وقع الثلاث[(٥)]، نعم، لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم أعاد ثلاثًا بلا نية له، فالأصح أنه يقع بالدخول طلقة واحدة[(٦)].

ومثله: والله لادخلت الدار فى مجلس أو مجالس، وفعله لزمه كفارة واحدة على المذهب، وإن أطلق أو نوى الاستئناف، كما صححه النووى فى كتاب الأيمان من زوائده[(٧)]، والاتحاد عند الاستئناف مشكل.

الثالث: الحلف يكون على البت فى فعل نفسه إثباتًا ونفيًا، وأما على فعل الغير، فإن كان إثباتًا، حلف على البت، وإن كان نفيًا فعلى نفى العلم[(٨)]، إلا فى صورتين:

إحداهما: جَنَتْ بهيمتُك، فتحلف على البت قطعًا[(٩)].

الثانية: جنى عبدك، فتحلف على البت فى الأصح؛ لأن فعل بهيمته، وفعل عبده

---

(١) قال فى الروضة: وهو المذهب وقيل: تتعدد بالأشخاص، وقيل: للزوجات كفارة والإماء أخرى، وقيل: وللمال أخرى حكاه الحناطى. انظر: روضة الطالبين [٨/٣٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٨/٣٠].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٨/٣٠].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١١/٨٣].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٨/٧٨].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٨/٨٠].

(٧) صححه النووى فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١/٨٢].

(٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٥٠٥]. روضة الطالبين [١٢/٣٤].

(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٥٠٥]. روضة الطالبين [١٢/٣٥].

كفعله[١]، وفى الحقيقة لا استثناء. نعم، قد يشكل على القاعدة صور:

منها: مسألة الغراب، إذا قال لإحداهما: إن كان غرابًا، فأنت طالق، وأنكر الزوج، حلف على البت أنه، لم يكن غرابًا ولا يحلف على نفى العلم[٢]، بخلاف مسألة الدخول، لو علق على دخولها، أو دخول غيرها، فتنازعا اكتفى منه بيمين على نفى العلم بالدخول[٣]، قال فى البسيط: كذا قاله إمامى وليس بينهما فرق أصلاً، بل ينبغى أن يقال: وعليه يمين جازمة أو نكول فى المسألتين جميعًا.

قال ابن أبى الدم: ومن العجب يوجه بالعجز عن الفرق، وعندى أنه ظاهر جدًا؛ لأن تعليق الطلاق على دخول زيد الدار تعليق على فعل يتجدد من زيد قطعًا، يحلف نافيه على نفى العلم.

وأما مسألة الغراب فليست تعليقًا على فعل الغير مطلقًا، بل تعليقًا على كون هذا الطائر المشاهد بصفة كونه غرابًا، وإذا لم يكن تعليقًا على فعل الغير ووجوده، بل على محض كونه غرابًا حلف من ينفى وجود الصفة المحققة على البت، كأن هذه الصفة، لم توجد؛ لأنه ليس ينفى فعل غيره.

قلت: والإمام قد فرق، كما ذكره الرافعى، بأن الدخول هناك فعل الغير، والحلف على فعل الغير، يكون على العلم، ونفى الغرابية ليس كذلك، بل هو نفى صفة عن الغير ونفى الصفة كثبوتها فى إمكان الاطلاع[٤]، وإذا كان الشيء مما يطلع عليه فى الجملة لم تتغير القاعدة فيه من تعذر أو تعسر.

ومنها: مسألة الوديعة مال فى يد رجل، فادعى اثنان أن كل واحد منهما أودعه إياه وقال: هو لأحدكما ونسيت عينه، وكذباه، وادعى كل واحد عليه، أنه المالك، فالقول قول المودع بيمينه، ويكفيه يمين واحدة على نفى العلم؛ لأن المدعى شيء واحد وهو علمه، كذا قاله الرافعى[٥].

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٥٠٥].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١٠٨/٨].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٠٨/٨].

(٤) كذا ذكره الرافعى. انظر: روضة الطالبين [١٠٨/٨].

(٥) كذا ذكره الرافعى نصًا. انظر: روضة الطالبين [٣٥٠/٦].

الحمل يتعلق به مباحث

الأول: هل يعلم أم لا؟ قولان، وليس المعنى أنه يفرض معلومًا، بل يعطى حكم المعلوم.

اعلم: أنهم قطعوا فى مواضع بإعطائه حكم المعلوم وفى مواضع حكم المعدوم وأجروا فى مواضع قولين:

فما أعطى حكم المعلوم قطعًا إبل الدية، يجب فيها الحوامل(١)، وفى الزكاة إذا كانت الإبل إحدى وستين حوامل، لا يؤخذ فيها حامل؛ لأنها فى التقدير اثنان، ولا يخرج اثنان عن واحد، ولهذا لا يجب عليه إخراج الحامل، وإنما قطعوا هاهنا، بأن للحمل حكم المعلوم؛ لأن البهيمة لا يكاد يطرقها الفحل، إلا وهى تحبل، فجعل كالمحقق، ولهذا لا يؤخذ فى الزكاة ما طرقها الفحل.

ومثله: لو ادعت الحائض أنها حامل، لم تقتل وتؤخر للوضع قطعًا خشية قتل الجنين المحتمل وجوده(٢)، قال النووى فى فتاويه: وإذا ماتت المرأة بعد اجتماع خلق الحمل، فهى شهيدة فى ثواب الآخرة، لا فى أحكام الدنيا.

ومثله: تحريم وطء الأمة الحامل، إذا ملكها حتى تضع(٣)، لقوله ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع»(٤)، وكذلك لو خرجت الجارية المشتراة حاملاً يثبت له الرد قطعًا(٥).

ومما نزل فيه منزلة الموجود وقف ميراثه(٦)، ووجوب النفقة إذا طلقها وهى حامل، واختلف فى أن النفقة لها، أو للحمل، والأصح الأول(٧)، وفى حصول الثمن فى مقابلته فى بيع الحامل على أحد القولين(٨)، وتجوز الوصية له(٩)؛ لأنها تتعلق بالمستقبل، بخلاف

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٩/٢٦٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٩/٢٢٥].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٨/٤٣١].

(٤) أخرجه مسلم فى الرضاع [٢/١٠٧٩- ١٠٨٠] - ح [١٤٥٦]، أخرجه أبو داود فى النكاح [٢/٢٥٤]، [٢١٥٧]، والترمذى فى النكاح [٣/٤٣٨] - ح [١١٣٢]، والنسائى فى النكاح [٦/١١٠]، والإمام أحمد فى المسند [٣/٣٥] - ح [١١٢٣٤].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٦٣].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٦/٣٦].

(٧) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٨١].

(٨) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٩٤].

(٩) انظر: روضة الطالبين [٦/٩٩].

الوقف[١]؛ لأنه تسليط فى الحال، وهل تجوز الوصية عليه؟ إن كان تبعًا جاز قطعًا[٢]، وهل يفرد؟ قال فى الذخائر: وعن البحر لا وهو الأشبه؛ لأن الأب، لا ولاية له عليه، فكيف ينقلها للغير.

ولو علق الطلاق على الحمل، وكان هناك حمل ظاهر فقطع الرافعى والنووى بالوقوع[٣]، لوجود الشرط، لكن الذى عليه جمهور الأصحاب، أنه لا يقع فى الحال وينتظر الوضع للشك القائم والأصل بقاء النكاح، ولعل مأخذ الخلاف فى أنه هل له حكم أم لا؟ وإذا ظهر بالمطلقة حمل، فهل يجب تسليم النفقة إليها يومًا فيومًا أو تؤخر إلى الوضع؟ فيه قولان، أصحهما: التعجيل[٤]، لقوله تعالى: ﴿**وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**﴾ [الطلاق: ٦].

قال الرافعي: والقولان مبنيان على الخلاف فى أن الحمل، هل يعرف؟ والصحيح أنه لا يعرف، فلو كان الحمل موسرًا، وقلنا: النفقة له، وأن التعجيل يجب فلا تؤخذ من مال الحمل، كما لا نوجب فيه الزكاة، ولكن ينفق الأب عليها، فإذا وضعت ففى رجوعه فى مال الصبى وجهان[٥].

ولو ماتت ذمية، وفى بطنها جنين مسلم جعل ظهرها إلى القبلة، ليتوجه الجنين إلى القبلة؛ لأن وجه الجنين على ما ذكر إلى ظهر الأم، ثم الأصح تدفن بين مقابر المسلمين والكفار، وقيل: فى مقابر الكفار[٦]، ولعله بناء على أن الحمل لا حكم له، وينبغى جريانه فيما قبله.

وأما الصلاة عليه، فنقل النووى فى المجموع عن القاضى الحسين، أنًا إن قلنا: بالقديم أن السقط الذى لم يستهل يصلى عليه صلى عليها ونوى بالصلاة الولد الذى جوفها[٧] وقضيته أن الأصح لا يصلى عليها وهو ظاهر؛ لأن شرط ثبوت الأحكام له ظهوره، ولم يوجد.

---

(١) كذا ذكره فى الروضة، وقال: لأنه لا يملك. انظر: روضة الطالبين [٣١٧/٥].

(٢) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٧٤/٣].

(٣) كذا قطع به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٣٨/٨].

(٤) قال فى الروضة: وهو الأظهر. انظر: روضة الطالبين [٦٨/٩].

(٥) كذا أطلقهما فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٦٩/٩].

(٦) وقيل: تدفن فى مقابر المسلمين فتنزل منزلة صندوق الولد. انظر: روضة الطالبين [١٣٥/٢]، المجموع شرح المهذب [٢٨٥/٥].

(٧) كذا نقله النووى فى شرح المهذب. انظر: المجموع شرح المهذب [٣٥٩/٥].

ولو باع الدابة بشرط كونها حاملاً، فقولان، أصحهما: يصح، وهما مبنيان على أن الحمل، هل يأخذ قسطًا من الثمن؟ وفيه قولان، أصحهما: نعم، قاله الرافعي في كلامه على الرد بالعيب[١]، وحكى في الثمرة غير المؤبرة طريقين أظهرهما: أنه على خلاف الحمل تشبيهًا للثمرة في الكمام بالحمل في البطن.

والثاني: القطع بأنها تأخذ قسطًا من الثمن[٢]؛ لأنها مشاهدة متيقنة، أما اللبن فالمعروف أنه يأخذ قسطًا من الثمن، وحكى الرافعي، في باب المصراة وجهًا أنه لا يأخذ وهو مردود عليه[٣]، فإنه أخذه من كلام الإمام، وإنما ذكره الإمام تخريجًا له على الحمل وهو مردود بالنص، فإن الشارع جعله في التصرية مقابلاً لقسط من الثمن، فلا معنى للخلاف فيه.

ومما ينزل فيه منزلة المعدوم، لا يجوز الوقف عليه[٤]، ولا تجب عليه زكاة الفطر[٥]، ولا يجوز عتقه عن الكفارة نص عليه[٦]، وفي البسيط للغزالي أن في كلام العراقيين ترددًا فيه من كون الحمل يعلم[٧].

قال صاحب الوافي: ولم أره في كتبهم.

ولو أسرت حربية في بطنها مسلم استرقت في الأصح[٨].

ولو كان بين اثنين دار فمات أحدهما عن حمل، ثم باع الآخر نصيبه، فلا شفعة للحمل؛ لأنه لا يتيقن وجوده، قاله الرافعي في آخر الشفعة، ثم قال: فلو ورث الحمل الشفعة عن مورثه، فهل لأبيه أوجده الأخذ قبل انفصاله؟ وجهان: وجه، المنع، وبه قال

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٩٤].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٥٥٠].

(٣) قال في الروضة: وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه: أنه لا يرده؛ لأنه قليل غير معتنى بجمعه. ملحوظة: وهذا في غير المصراة إذا طلب لبنها. انظر: روضة الطالبين [٣/٤٧٠].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٥/٣١٧].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٩٥].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٨/٢٨٦].

(٧) نقل في الروضة قولاً: بأن الجنين لو انفصل لدون ستة أشهر من حين الإعتاق حكم بالإجزاء. انظر: روضة الطالبين [٨/٢٨٦].

(٨) لكن لا يسترق تبعًا لأمه؛ لأن الحمل كالمنفصل. انظر: روضة الطالبين [١٠/٢٥٢].

ابن سريج: لأنه لا يتيقن وجوده[١]، ولو وقف على أولاده، وعلى من يحدث منهم دخل الحادث، وكذا لو لم يقل وعلى من يحدث منهم فى الأصح[٢]، ولو كان أحدهم حملاً عند الوقف، هل يدخل حتى يوقف له شيء؟ فوجهان، أصحهما: لا؛ لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدًا[٣]، وأما غلته بعد الانفصال فيستحقها، إلا إذا قلنا: الأولاد الأدنون لا يستحقون[٤].

قال فى الروضة: ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق مدة الحمل، أنه لو كان الموقوف غلة نخلة، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل لا يكون له من تلك الثمرة شيء، قطع به الفورانى والبغوى، وقال الدارمى فى الثمرة التى لم تؤبر قولان: هل لها حكم المؤبر؟ فتكون للبطن الأول أو لا تكون للبطن الأول؟ قال: وهذان القولان يجريان هنا[٥]، وهذا لا يختص بالتفريع.

الثاني: الحمل يندرج فى كل عقد معاوضة صدر بالاختيار كالبيع، فلو انتفى الاختيار كبيع الحامل المرهونة فى الرهن والرد بالعيب والرجوع بسبب الفلس ورجوع الوالد فى هبة ولده، وفى السفيه قولان: أو انتفى العوض كالرهن والهبة، ففى التبعية قولان: ونقل الإمام فى الهبة أن الجديد فيها عدم الاندراج، وكلام الرافعى يقتضى الجزم فيها بالاندراج[٦]، ويؤيده أنه لو أعتق حاملاً عتق الحمل[٧]، ولو دبر حاملاً ثبت له حكم التدبير على المذهب[٨]، ولو ماتت أو رجع فى تدبيرها دام تدبير الولد[٩]، وإنما

---

(١) كذا ذكره الرافعى فى الشفعة. انظر: روضة الطالبين [٥/١١٤].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٥/٣٣٤].

(٣) والثاني: يدخل حكاهما التولى. انظر: روضة الطالبين [٥/٣٣٦، ٣٣٧].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٥/٣٣٧].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٥/٣٣٧].

(٦) فقال فى الهبة: إن وهب جارية أو بهيمة حاملاً فرجع قبل الوضع رجع فيها حاملاً، وإن رجع بعد الوضع، فإن قلنا: للحمل حكم رجع فى الولد مع الأم وإلا ففى الأم فقط، وإن وهبها حاملاً ورجع وهى حامل، فإن قلنا: لا حكم للحمل رجع فيها حاملاً، وإلا فيرجع إلا فى الأم وهل له الرجوع فى الحال أم عليه الصبر إلى الوضع؟ وجهان. انظر: روضة الطالبين [٥/٣٨٢].

(٧) لا بالسراية، وإنما بطريق التبع كما يتبعها فى البيع. انظر: روضة الطالبين [١٢/١١١].

(٨) قال فى الروضة: وهو الأظهر عند الأكثرين. انظر: روضة الطالبين [١٢/٢٠٣].

(٩) انظر: روضة الطالبين [١٢/٢٠٣].

جعله تابعًا فى التدبير دون الرجوع تغليبًا للحرية، وفى الرهن الأصح الاندراج[(١)]، وفى الرجوع فى الهبة بناه الرافعى على الإقالة، كما فعل فى الرد بالعيب، وقضيته أن الأصح عدم الاندراج[(٢)]، ولكن المنصوص للإمام الشافعى فى المفلس التبعية، وأما الثمرة المؤبرة فالأصح فيها الاندراج[(٣)]، وأما غير المؤبرة فتتبع فى البيع والصلح والصداق والخلع والأجرة قطعًا، ولا تتبع فى الرجوع بالطلاق قطعًا وهل تتبع فى الرجوع بالفلس أو بيع المرهون قهرًا؟ وجهان: أجراهما الجرجانى فى بيع نخيل المفلس فى دينه، وهل تتبع فى الوصية والهبة ورجوع الولد؟ وجهان.

وأما الصوف واللبن الذى حدث، ولم يؤخذ، فقال القاضى الحسين: إنهما للمشترى لا يتبعان فى الرد، والأصح: أنهما يتبعان كالحمل، ويلزم الرافعى أن يقول: لا يتبعان كالحمل عنده، بل أولى، وقد قال: إنه يرد الصوف، ولم يذكر مسألة اللبن[(٤)].

الثالث: اختلف فى أنه نقص أو زيادة، وذكر المتأخرون فيه اضطرابًا والتحقيق خلافه، بل الحمل فى البهائم[(٥)] زيادة قبولها فى الزكاة، وأن ديات الإبل تغلظ بها، وتخفف بعدمه.

ولو شرط فى البيع كون الدابة حاملاً، فأخلف ثبت الخيار، ولولا أنه زيادة لم يثبت، قيل: لكن لا تقبل الحامل فى دية الجنين، ولا موطوءة لم يتحقق حبلها، كما قاله صاحب المعتمد.

قلت: لكن فى البحر فى كتاب الزكاة: «لو ضرب الفحل، فلم ندر أحملت أم لا، لا يأخذها جبرًا، ولو جاء الجانى بغرة، وقال: وطئت قبلناها؛ لأن الغالب من الضراب الحمل، بخلاف بنات آدم». انتهى.

والحمل فى بنات آدم نقص، ولهذا لو اشترى أمة فظهر أنها حامل ثبت له الرد[(٦)]،

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١٠٢/٤].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣٨٢/٥].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٤٩٤/٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٤٩٤/٣].

(٥) حيث قال فى الروضة: الحمل فى الجارية عيب، وفى سائر الحيوان ليس بعيب على الصحيح، وقال فى التهذيب: عيب. انظر: روضة الطالبين [٤٦٣/٣].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٤٦٣/٣].

وأما قولهم فى الصداق: أن حمل الأمة زيادة ونقص[(١)(٢)].

الرابع: ظهور الحمل يعرف بقول أهل الخبرة: فى الآدمى وغيره، قال الرافعى فى كتاب النفقات: وتقبل فيه شهادة النسوة، وحكى ابن كج وجهًا أنه لا يقبل قولهن، إلا بعد مضى ستة أشهر، والجمهور لم يشترطوه[(٣)].

* * *

الحواس خمسة

السمع، والبصر، والشم، والذوق، واللمس، وجعلها بعضهم ثمانية؛ لأن اللمس عنده مدرك للقوى الأربع، لكنها لما اجتمعت كلها فى عضو واحد ظن أن الجميع قوة واحدة، فتكون القوى المدركة فى الظاهر على هذا ثمانيًا، ومن المهم البحث عما يتعلق بها من الأحكام، وقد تعرض لجميع ذلك ابن عبدالسلام، وصاحبه ابن دقيق العيد، فأما اللسان فالمعاصى المتعلقة به ظاهرة فاشية، كالقذف، والغيبة، والنميمة إلى غير ذلك، ولا يعفى عن شىء منه، إلا ما سبق به اللسان، أو وقع على جهة السهو، والنسيان، وهذا يرفع الإثم دون الضمان.

وأما حاسة البصر فيتعلق بها الإثم، إما بارتكاب المحظورات كالنظر إلى العورات والصور المشتهاة كالأجنبيات والمرد، وإما باجتناب المأمورات، كترك الحراسة الواجبة فى سبيل الله، وترك حراسة الأجير ما استؤجر على حراسته، وترك ما وجب على الشهود النظر إليه لإثبات الحقوق وإسقاطها فى الدعاوى والخصومات.

وأما حاسة اللمس، فلعمومها للبدن تعلق بالوجه منها ما يتعلق بالحاسة إما فى ترك الواجب، كترك إمساس الجبهة الأرض فى السجود، وإما فعل المحظور كإمساس الوجه المحرم، لا سيما بالقبلة، وأما فعل الممنوعات، كلمس عورات الأجانب، ولمس ما خرج من العورة كأبدان النساء الأجانب وغيرهم، ممن يخاف الافتتان بمسه، وكالملامسة بين الزوجين المُحرمين بشهوة فى حال الإحرام.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٧/٢٩٥].

(٢) بعد كلمة [نقص] بياض فى الأصل، ولعل هذا البياض بعد كلمة [نقص]، للضعف فى الحال ولخطر الولادة.

(٣) كذا ذكره الرافعى فى النقات وصحح قول الجمهور، ونقل الثانى قولاً بصيغة التمريض. انظر: روضة الطالبين [٩/٦٨].

وأما اليدان فتعلق الإثم بهما ظاهر، أما ترك الواجب فبترك كل بطش مأمور به كالقتال فى سبيل الله والرجم والجلد فى الحدود، وما يجب من التعزيرات، وكذلك ترك كتابة ما يجب كتابته، وترك كل ما لا يتأتى القيام بالواجب فيه، إلا باستعمالهما كالرمى فى سبيل الله، وإما بارتكاب المحرم كبسطهما لفعل المحرمات كالبطش والضرب والإعانة على فعل الغير الحرام بالمناولة وغير ذلك.

وأما الرأس، فيمثل ترك الواجب المتعلق به بترك غسله الواجب من الجنابة والحيض، وكالمسح فى الوضوء، وترك الحلق والتقصير فى الحج والعمرة، ويمثل فعل المحرم بترك ستره فى الإحرام وكالدهن، ويدخل فيه ما يدخل فى ممنوعات اللمس أيضًا، لما ذكرناه من عموم هذه الحاسة للبدن.

وأما الأرجل فتعلق الإثم بها ظاهر، أما فى ترك الواجب فكترك المشى إلى الجهاد المتعين، وصلاة الجمعة، وتشييع الجنازة المتعينة، والطواف والسعى الواجبين، وترك القيام فى الصلاة، وكشفها فى الإحرام، وترك المشى عند الدعاء إلى الشهادة حيث يتعين الأداء والمشى، وأما فى ارتكاب المحظورات فكالمشى إلى كل محرم مقصودًا، أو توسلاً إلى غير ذلك، والمقصود التمثيل لا الحصر.

وأما الفم، فقد ذكرنا أنه اللسان، ويتعلق بحاسة الذوق، فمنه ذوق الحرام وترك ذوق ما يتوقف إيصال الحق به عند التخاصم من الحاكم، أو الشهود، وأما الخياشيم فإثبات الخطايا فيها أغمض من إثباته فى غيرها، فيمثل الإثم بترك الواجب كترك الشم الواجب على الحاكم، أو الشهود المأمورين بالشم لأجل الخصومات الواقعة فى روائح المشموم حيث يقصد الرد بالعيب، أو يقصد منع الرد إذا حدث عند المشترى، ويمثل الإثم بارتكاب المحرم بترك شم الطيب فى حال الإحرام، وتحريم إشمام طيب النساء الأجنبيات، الذى يدعو إلى المفسدة.

وأما شم ما لا يملكه الإنسان، كشم الإمام الطيب الذى يختص بالمسلمين، إذا لم يتصرف فى جرمه، فإن المنقول عن بعض الأكابر وهو عمر بن عبد العزيز الامتناع منه، ويعلل بأنه لا ينتفع منه إلا بريحه، وقد قيل: إنه لا بأس بذلك، بل رد ابن عبدالسلام، فقال: إن فى كونه ورعا نظر من جهة أن شمه لا يؤثر نقصًا ولا عيبًا، فيكون إدراك الشم له بمثابة النظر إليه، بخلاف وضع اليد عليه.

ولو نظر إنسان إلى مساكن الناس وغرفهم ودورهم، لم يمنع من ذلك، إلا إذا خشى

الافتتان بالنظر إلى أموال الأغنياء، وكذلك لو مس جدار إنسان لم يمنع من مسه، ولو استند إلى جداره جاز، فإن ذلك مأذون فيه بحكم العرف.

ولو منعه من الاستناد إلى جداره، فقد اختلف فيه إذا كان الاستناد لا يؤثر فى الجدار ألبتة، ولا ينبغى أن يطرد ذلك فى شم ريح المتطيب إذا جالس متطيبًا، وقال الشيخ تقى الدين بن دقيق العيد: أما النظر فى كونه ورعًا فيما فعله ذلك الكثير، واستبعاد كونه ورعًا فيبعد عندى، وليس كما استبعد كونه ورعًا من أكل طعام حلال حمله ظالم، ولا سيما الطعام المندوب إليه كطعام الولائم، فإن ذلك أقرب إلى الاستبعاد من حديث الطيب.

فائدة:

داخل الفم والأنف فى حكم الظاهر فى بعض الأحكام، وهو وجوب غسله إذا تنجس، وأنه لو ابتلع منه نخامة أو خرج إليه القىء بطل صومه(١).

ولو وضع فيه شيئًا لا يبطل، وفى حكم الباطن من حيث إنه لا يجب غسله فى غسل الجنابة(٢).

ولو ابتلع منه الريق لا يبطل صومه(٣).

* * *

الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان

قولية وفعلية:

فالفعلية توجب الضمان قطعًا، كالغصب(٤)، وفى القولية قولان، أصحهما: نعم، كما لو قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرٍو فإنّا نحكم بكونها لزيد ويغرم لعمرو قيمتها فى الأصح(٥)، وكما لو ادعى على شخص وقفية ملك له وأخبر أنه اشتراه منه، فأقر بالوقف، هل يحلف للآخر؟ قولان، أصحهما: نعم، رجاء أن يقر فيلزمه الغرم وهما

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٥٧].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٥٧].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٥٧].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٥/٤].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٦٣].

مطردان فى سائر الصور من الأقارير وغيرها، إلا فى الشهود الراجعين فى الطلاق البائن[١] والعتق فيغرمون قطعًا[٢]؛ لأنه لا مستدرك له قاله الإمام، والصحيح من القولين: التغريم، إلا فى صورة واحدة، وهى ما لو ادعى اثنان على واحد أنك رهنتنا هذا العبد بمائة وأقبضته فصدق أحدهما، فالرهن للمصدق وليس للمكذب تحليفه فى الأصح[٣]، ولا يغرم له شيئًا؛ لأن غايته أنه حال بينه وبين الوثيقة ومرجع الدين إلى الذمة، فحصل أن الفعلية تضمن قطعًا، وكذا القولية إن كانت مما لايستدرك وإن أمكن تداركه بالتصادق فالقولان أصحهما الغرم، إلا فى صورة الرهن، فإذا رجع الشاهدان بعد الحكم بطلاق أو عتاق ضمنًا[٤]، إذ لا تدارك بالتصادق والاتفاق، وكل من حال بين رجل وبُضعه غرم مهر المثل، كالرضاع والشهود الراجعين[٥]، إلا فى الهدنة، فإنًا لا نرد المسلمة ونغرم المسمى[٦].

واعلم: أن الإمام الشافعى، رضى الله عنه، نص على أن من أفسد على الزوج النكاح بالرضاع، يلزمه نصف مهر مثلها، ونص فى شهود الطلاق، إذا رجعوا عن الشهادة قبل الدخول بلزوم غرم جميع المهر فقيل قولان: بناء أو تخريجًا.

وحاصل الخلاف أن الشهود والمرضعة، هل تغرم قدر ما غرم الزوج أو قيمة ما فات؟ فيه قولان، والصحيح: تقرير النصين، والفرق أن شهود الطلاق حالوا بينه وبين زوجته ولم يقطعوا بنكاحه، لجواز أن يكونوا كاذبين فى الرجوع، وأما المرأة التى أفسدت نكاح الرجل بالرضاع، فقد قطعت العصمة، وقطع العصمة قبل الدخول يوجب نصف المهر، بخلاف الحيلولة فى الشهادة، وكل من حال بين الإنسان وبين ملكه لزمه قيمة ما حال بينه وبينه، وقد يخطر بالبال أن الفرق على العكس أولى، فإن قطع النكاح أقوى من الحيلولة، فإذا وجب فى الحيلولة جميع المهر، فلأن يجب فى قطع النكاح بالرضاع أولى، لكن يجاب عنه، بأن قطع النكاح قد ثبت له فى عرف الشرع الحكم بنصف المهر فى الغرم قبل الدخول، بخلاف مسألة الشهود على الطلاق قبل الدخول، فإنهم لم يقطعوا

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١١/٣٠٠].

(٢) قطع به فى الروضة، وذكره. انظر: روضة الطالبين [١١/٣٠٢].

(٣) قال فى الروضة: وهو الأظهر. انظر: روضة الطالبين [٤/١١٥].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١١/٣٠٠، ٣٠٢].

(٥) انظر: روضة الطالبين [١١/٣٠٠].

(٦) وهو الصحيح الذى قال به الجمهور. انظر: روضة الطالبين [١٠/٣٤٠].

النكاح، لجواز كذبهم فى الشهادة بالرجوع، والثابت فى قواعد الشرع أن من حال بين شخص وبين ملكه لزمه جميع القيمة، كمن غصب عبدًا، فأبق فإنه يؤخذ منه القيمة للحيلولة[١]، فإذا عاد العبد رد المالك القيمة واسترجع العبد[٢].

ولك أن تقسم مسائل الحيلولة إلى أربعة أقسام:

أحدها:

ما يرغم الحائل قطعًا وعكسه، وما يغرم فيه على الأصح وعكسه، فالأول: كالحيلولة الفعلية فى الأموال، ومنه إذا ادعى عينًا غائبة عن البلد وسمع القاضى البينة، وكتب بها إلى قاضى بلد العين ليسلمها للمدعى بكفيل لتشهد البينة على عينها، وفى هذا حيلولة بين الرجل وماله قبل إقامة البينة، قال الفورانى: ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة[٣]، وهو قضية كلام الماوردى أيضًا.

والثانى: كالحيلولة الفعلية فى القصاص، كما إذا حال بين من عليه القصاص ومستحق الدم[٤].

الثالث: كغالب أحوال الحيلولة القولية على ما سبق.

الرابع: كما إذا قطع صحيح الأنملة الوسطى من لا عليا له، فهل له طلب الأرش للحيلولة؟ وجهان[٥]، قال الرافعى: وقد يعفو عن الجانى، فإن أخذ المال هل يكون عفوًا عن القصاص؟، وإذا سقطت العليا، هل يرده ويقتص، حكى المتولى وجهين وبناهما على ما لو أخذ القيمة عند انقطاع المثل، ثم قدر عليه والأصح أنه لا يرد القيمة ويطالب بالمثل، وقال الرافعى: إن الإمام شبه الوجهين بالوجهين فى هذه الصورة، وبالوجهين فى أن من أخذ أرش العيب القديم لامتناع الرد بالعيب الحادث، ثم زال العيب الحادث، فهل له أن يرد المبيع والأرش ويسترد الثمن؟.

ولو ثبت القصاص على حامل، وأخرنا الاستيفاء للوضع وطلب المستحق المال للتأخير ففى إعطائه من غير عفو وجهان، قال الرافعى: والظاهر عند الأئمة أنه ليس له أخذ

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٦٣]، روضة الطالبين [٥/٢٦].
(٢) انظر: روضة الطالبين [٥/٢٦].
(٣) قطع به السيوطى: انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٦٣].
(٤) فإنه لا يؤخذ قطعًا، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٦٣].
(٥) الصحيح: لا حتى يعفو. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٦٢].

المال، إذا لم يعف، وقالوا: إن أخذه الدية عفو عن القصاص، ومنه، لو وجد المسلم المسلم إليه فى غير محل التسليم لم يلزمه الأداء إن كان لنقله مؤونة، ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح(١).

ولو أحبل الأب جارية الابن امتنع بيعها على الابن؛ لأنها حامل بُحرّ(٢)، وفى وجه على الأب قيمتها فى الحال، ثم يسترد عند الوضع، والأصح لا، لاستمرار يد الولد عليها وانتفاعه بالاستخدام وغيره.

ولو قال: لفلان علىّ ألف ثمن عبد وصدقه سلم العبد إليه وقبض منه الثمن وإن كذبه حلف المالك وبرئ، فإن نكل حلف المدعى وحكم له بالعبد، وأخذ منه الألف، وهل يملكها السيد؟ وجهان: أحدهما: نعم، كحكم الحاكم، الثانى: يكون كالمحتال على حقه، أى: كالحيلولة كذا قاله الدارمى فى الاستذكار.

* * *

الحيل

قال قاضى أبو الطيب فى أواخر الصداق من تعليقه: الحيل جائزة فى الجملة، قال الله تعالى فى قصة إبراهيم: ﴿**من فعل هذا بآلهتنا إنه لمن الظالمين**﴾ [الأنبياء: ٥٩]، ﴿**قال بل فعله كبيرهم هذا**﴾ [الأنبياء: ٦٣]، وخلص به نفسه، واحتال لصدقه، وقوله تعالى فى قصة أيوب: ﴿**وخذ بيدك ضغثًا فاضرب به ولا تحنث**﴾ [ص: ٤٤].

ومن السنة ما رواه سويد بن حنظلة، قال: خرجنا ومعنا وائل بن حجر، نريد النبى ﷺ، فأخذه أعداء له فحرج القوم أن يحلفوا وحلفت أنه أخى فخلى عنه العدو، فذكرت ذلك للنبى ﷺ، فقال: صدقت المسلم أخو المسلم(٣)، فأجاز النبى ﷺ فعله.

قلت: واحتج غيره بحديث بلال فى شراء التمر(٤)، لقوله ﷺ: «بع الجمع بالدراهم،

---

(١) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٦٢].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٠٦].

(٣) أخرجه البخارى فى المظالم [٥/١١٦] – ح [٢٤٤٢]، ومسلم فى البر [٤/١٩٨٦] – ح [٢٥٦٤/٣٢].

(٤) أخرجه البخارى فى الوكالة [٤/٥٧١– ٥٧٢] – ح [٢٣١٢]، ومسلم فى المساقاة [٣/١٢١٥– ١٢١٦] – ح [٩٦/١٥٩٤].

ثم اشتر بالدراهم جنيبًا»[1]، ولم يفصل بين أن يكون الشرى من ذلك المشترى أو غيره، ولا بين أن يقع العقد بذلك الثمن الذى فى ذمته أو بغيره، وترك الاستفصال فى مثل ذلك يقتضى العموم، وإلا يلزم منه تأخير البيان عن وقت الحاجة.

وقال الحاكم فى مستدركه بعد أن أخرج حديث عائشة، رضى الله عنها، «إذا أحدث أحدكم فليأخذ على أنفه ولينصرف فليتوضأ»[2]، هو حديث صحيح على شرط الشيخين، سمعت الدارقطنى يقول: سمعت أبا بكر الشافعى الصيرفى يقول: كل من أفتى من أئمة المسلمين فى الحيل إنما أخذه من هذا الحديث، ثم قال القاضى: وإنما يجوز من الحيل ما كان مباحًا يتوصل به إلى مباح فأما فعل المحظور ليصل به إلى المباح، فلا يجوز، وقد أجاز الحنفية الحيلة المحظورة ليصل بها إلى المباح، وقد روى ابن المبارك، عن أبى حنيفة، رضى الله عنه، أن امرأة شكت إليه زوجها، وأنه قال لها: ارتدى ليفسخ النكاح، وحكى أنه قال لرجل: قَبِّل أم امرأتك بشهوة، فإن نكاح زوجتك ينفسخ، والدليل على إن مثل هذا لا يجوز: أن الله تعالى عاقب من احتال بحيلة محظورة فقال تعالى: ﴿**واسألهم عن القرية التى كانت حاضرة البحر**﴾ [الأعراف: ١٦٣]، وكان الله تعالى، حرم عليهم صيد السمك يوم السبت، وكان السمك لا يدخل موضع يصطادونه فيه، إلا يوم السبت، فاحتالوا بأن وضعوا الشباك يوم الجمعة فدخل السمك يوم السبت وأخذوه يوم الأحد، فمسخهم الله تعالى قردة.

وقال النبى ﷺ: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وأكلوا أثمانها»[3]، ولما نظر محمد بن الحسن إلى هذا قال: لا ينبغى أن يتوصل إلى المباح بالمعاصى، ثم ناقض فى المشهود له بنكاح امرأة يعلم أنها غير زوجته فقال: أنها تحل له، وكذلك قال القفال الشاشى فى محاسن الشريعة: يحرم معالجة الخمر بما يصير به خلا، لما فيه من التسبب إلى المحرم بالعلاج والاحتيال فهو كما حكاه الله تعالى، عن أصحاب السبت.

قال القاضى: فأما الحيلة فى الأيمان فضربان:

حيلة تمنع الحنث، وحيلة تمنع الانعقاد، فالتى تمنع الحنث ضربان:

---

(١) أخرجه البخارى فى البيوع [٤/٤٦٧] - ح [٢٢٠١- ٢٢٠٢]، ومسلم فى المساقاة [٣/١٢١٥] - ح [٩٥/١٥٩٣].

(٢) أخرجه الحاكم فى المستدرك [١/١٨٤].

(٣) أخرجه البخارى فى البيوع [٤/٤٩٥] - ح [٢٢٣٦]، ومسلم فى المساقاة [٣/١٢٠٧] - ح [٧١/١٥٨١].

أحدهما: الخلع فى النكاح وإزالة الملك فى الرقيق، فإذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا، فالحيلة فى دخولها أن يخالعها فتبين، ثم تدخل الدار فتنحل اليمين، ويعقد النكاح عليها[١].

وإذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، فالحيلة أن يبيعه، ثم يدخل الدار فتنحل اليمين، ثم يشتريه[٢]، والحيلة العامة أسهل فى هذه، وهو أن يقول لزوجته: كلما وقع عليه طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثًا، فإن دخلت الدار لم تطلق[٣]، وفى الرق يقول لعبده: كلما وقع عليك عتقى فأنت حر قبله فيدخل الدار ولا يعتق.

قلت: أما مسألة الخلع فقد ذكرها الأصحاب وأخذوه من أنه، لو وقع لكان تعليقًا قبل الملك وفيه نظر؛ لأنها تعود بما بقى من عدد الطلاق، فالطلاق لو قيل بوقوعه فهو المملوك الذى كان فى النكاح الأول تعليقًا قبل الملك، فالقول بعدم عود الصفة فيه نظر؛ لأن التعليق والصفة كلاهما حال الملك، وإنما تخلل بينهما فلينظر إلى أنها هل تمنع الوقوع أم لا.

قال القاضى: وأما الحيلة المانعة لانعقاد اليمين، فكمن حلف كان يمينه على نيته دون ما يظن به[٤]، إلا إذا حلفه الحاكم. هذا، إذا كان فيما هو حق عندهما، فأما ما هو حق عند الحاكم ظلم عند الحالف، كالحنفى يعتقد شفعة الجوار والحالف لا يعتقدها يحلف لا يستحق على الشفعة، وينوى على قول نفسه، فإنه يكون بارًا فى يمينه[٥]، قال: وعلى هذا كل الأيمان عند الحاكم، ومن الناس من قال: إن النية فيه نية المستحلف أبدًا، وهذا غلط، وأما من حلف لنفسه فالنية نيته أبدًا، فإذا نوى غير ما نطق به، وكان سائغًا بر فى يمينه[٦]، فكل من حلف على فعل كان قد فعله أنه ما فعله، ونوى أنه ما فعله على ظهر الكعبة كان بارًا فى يمينه، وكذا غير هذا مما له اسم فى اللغة، فقال: إن دخلت الدار

---

(١) قال فى الروضة: وهو المذهب، وبه قطع الأصحاب. انظر: روضة الطالبين [٨/٦٩]، [٨/١٢٩].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٨/٧٠].

(٣) وكذا لو قال: متى وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثًا، فالصحيح لا يقع المعلق بالدخول، وبه قال القاضيان أبو الطيب والرويانى. انظر: روضة الطالبين [٨/١٦٣].

(٤) انظر: مغنى المحتاج [٤/٤٧٥].

(٥) انظر: مغنى المحتاج [٤/٤٧٥].

(٦) انظر: زوائد الروضة [١٢/٣٧].

فنسائى طوالق، ونوى نساءً لامرأته، أو قال: كل جارية لى حرة ونوى بذلك السفن صح، فلو قال لها: إن تزوجت عليك فأنت طالق، ونوى بعليك على ظهرك أو على رقبتك لم يحنث، فإن حلف بالطلاق بالله يعلم ما فعل شيئًا، وجعل ما بمعنى الذى لا النافية صح، ولو قالت له زوجته: طلقت فلانة ثلاثًا؟، فقال: نعم، ونوى بنعم إبل بنى فلان، لم تطلق، وكذا لو قال: نعام، يعنى نعام البر صح، وإذا حلف ما كاتبت فلانًا ولا عرفته ولا شفعت له ولا سألته حاجة قط، ونوى بالكتابة كتابة العبيد، وما جعلته عريفًا، وما شفعت شفعته، وما سألته حاجة، يعنى شجرة صغيرة فى البئر يقال لها: الحاجة لم يحنث، هذا آخر كلام القاضى أبى الطيب.

وقال الرويانى فى التلخيص: الحيلة فى إبطال شفعة الجوار مباحة قبل العقد وبعده؛ لأنها حيلة فى إبطال ما ليس بواجب.

وأما الحيلة فى إبطال الشفعة بالمشاركة، فإن كان بعد وجوبها لا يحل له، وإن كان قبل وجوبها، قال ابن سريج: يكره(١) ذلك، فإن فعل ذلك صح، وقال أبو بكر الصيرفى: يباح، وقال البندنيجى فى المعتمد: تجوز الحيلة فى إسقاط الشفعة(٢)، وقال آخر: لا تجوز؛ لأنها شرعت لدفع الضرر، والحيلة تمنع دفع الضرر، قلنا: إنما يجب زوال الضرر عن الشفيع بالأخذ بالشفعة عند وجودها بكمالها، فأما إذا لم توجد، فلا يقال أن فى ذلك منعًا لزوال الضرر عن المشترى.

حيلة فى البراءة عن المجهول: طريقه أن يذكر غاية يتيقن أنه لا يزيد عليها، وقد أشار الشافعى، رضى الله عنه، فى البويطى إلى ذلك، فقال: ولو أن رجلاً حلل رجلاً من كل شىء وجب له عليه لم يبرأ، حتى يبين، فإن لم يعرف قدره حلله من كذا إلى كذا، انتهى.

ليس لأبى الزوجة العفو عن الصداق، فإن أراده فطريقه فى إبراء الزوج من الصداق أن تخالع زوجها على الصداق فى ذمة الأب، فيصير للزوج فى ذمة الأب ألف مثلاً ولها فى ذمة الزوج ألف، فيحيل الزوج بنته عليه فيسقط من ذمة الزوج ويبقى فى ذمة الأب، ولا يتخلص بالضمان إذ لا أصيل هاهنا.

---

(١) ذكره النووى فى زوائد الروضة، وذكره وجهًا، وقال: وبه قال ابن سريج، والشيخ أبو حامد. انظر: روضة الطالبين [٥/١١٦].

(٢) ذكر النووى مثله فى زوائد الروضة وعزاه إلى أبى حاتم القزوينى. انظر: روضة الطالبين [٥/١١٦].

حيلة تسقط الاستبراء على المذهب: وهى أن يستبرئ البائع قبل البيع، ثم يعتقها المشترى بعد الشراء، فيجوز له تزويجها، كما يجوز لغيره[(١)]، وتجيء صورة على وجه وهى أن يشتريها، ثم يزوجها لغيره فيطلقها الزوج فى الحال قبل الدخول فتحل للسيد على وجه[(٢)]، قال به أبو يوسف[(٣)]: ويقال: أنه علمه للرشيد فى أمة أراد وطئها.

قال ابن العربى: كنت فى مجلس فخر الإسلام الشاشى، فسأله رجل أنه حلف لا يلبس هذا الثوب، وقد احتاج للبسه، فقال: سل منه خيطًا، فسل منه قدر الإصبع أو الشبر، ثم قال: ألبس شيء عليك، وأيده ابن الصلاح بظاهر قوله تعالى: ﴿**وخذ بيدك ضغثًا فاضرب به ولا تحنث**﴾ [ص: ٤٤]؛ لأنه دليل على اعتبار اللفظ لا المعنى المفهوم فى العرف.

حلف لا بعت هذا الثوب لزيد فباعه النصف، ووهبه النصف لم يحنث؛ لأن اليمين وقعت على بيع الجميع، فلم يحنث، ببعضه.

حلف ليشترين جارية فاشترى سفينة بَرّ، حكاه الخطيب البغدادى عن الإمام الشافعى، رضى الله عنه.

رجل له دين على آخر، فقال: إن لم آخذه منك اليوم، فامرأتى طالق، وقال صاحبه: إن أعطيته اليوم، فامرأتى طالق[(٤)]، فالطريق أن يأخذه منه صاحب الحق جبرًا، ولا يحنثان، قاله صاحب الكافى.

الحيلة فيما إذا ادعى أداء عليه وأراد دعوى الإبراء بحيث لا يلزمه أن يقول: هذا المدعى قد أقر بأنه أبرأنى، كذا قاله القفال فى فتاويه: أنه لا يكون ذلك إقرارًا منه، بخلاف دعوى الإبراء والاستيفاء.

الحيلة فى أنه، لا يرد عليه المبيع بالعيب، إذا جاء إليه أن يقول: أعرضه على أهل

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٨/٤٣٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٨/٤٣٠].

(٣) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٢/٢١٢].

(٤) ويشبه: ذلك ما لو قال لرجل: إن بدأتك بالسلام فعبدى حر، فقال الآخر: إن بدأتك بالسلام فعبدى حر، فسلم كل منهما على الآخر دفعة واحدة، لم يعتق عبد كل منهما لعدم ابتداء كل واحد منهما على الآخر، وتنحل اليمين، فإذا سلم أحدهما على الآخر بعد ذلك لم يعتق واحد من عبديهما، نقل ذلك فى الروضة عن الإمام. انظر: روضة الطالبين [٨/١٩٥].

الخبرة، فإن قالوا: لا يساوى هذا الثمن فرده فعرضه عليهم، ورجع وأراد الرد قال القفال: ليس له الرد؛ لأنه قصر فى الرد بلا شك.

قلت: ولا شك فى التحريم عليه، لإبطال حقه.

لو صالح على أنه يسقى دوابه الماء من بئره لا يجوز، قال القاضى الحسين: والحيلة فيه أن يبيع سهمًا من القناة، ثم الماء يستتبع القناة.

ولو باع المرعى لا يجوز، والحيلة فيه أن يبيع الكلأ بدينار، ثم يأذن له فى رعى الماشية فى المرعى، قال المتولى فى باب الصلح: إذا ملك أرضًا لها حشيش، فصالح من ذلك الحشيش على مال لترعى فيه المواشى لا يصح، إلا بشرط القطع أو القلع، وإن أراد أن يبيع الحشيش رطبًا، لتأكله المواشى، فطريقه أن يشترى بشرط القطع، ثم يستأجر الأرض حتى تكون العروق مملوكة له، فما يحدث من الزيادة يكون ملكًا له، وأما إذا اشترى لا بشرط القطع فما يحدث من الزيادة يكون للبائع، فإذا لم يقطع وحدثت زيادة تكون مسألة اختلاط المبيع بغيره.

إذا شهدا عند قاض أنك حكمت بكذا ولم يتذكر لم يعتمدها، والطريق أن يجدد المدعى الدعوى، ويشهدان له بالحق(١).

لو قامت بينة على النسب حسية، وقلنا: بالأصح أنها تقبل أثبت القاضى النسب وأسجل له، فإن لم يقبل، فالطريق أن ينظر القاضى من يدعى على فاطمة بنت محمد فتنكر هى، فيقيم المدعى بينة على الاسم والنسب، وتجوز هذه الحيلة للحاجة.

وقيل: لا تجوز؛ لأن الدعوى الباطلة لا يجوز للقاضى أن يأمر بها. حلف لا يأكل بيضًا، ثم حلف على أكل ما فى كم زيد وكان فيه بيض، فطريق البراءة أن يجعله فى الحلوى، ويأكلها(٢)، ويقال: أن القفال سئل عنها، وهو فوق المنبر فتوقف فأجاب المسعودى بهذا، فمِن ثم قيل: قفل على القفال وسعد بها المسعودى.

يجوز الاشتراك فى الأضحية، ولو أراد بعضهم اللحم، وبعضهم القربة جاز، ولو كان بعضهم من أهل الذمة، وبعضهم مسلم، ونوى التضحية بحصته جاز، وطريق قسمة

(١) قال فى الروضة: هو المذهب، وعن ابن القاضى تخريج، قول: أنه يمضى الحكم الأول بشهادتهما. انظر: روضة الطالبين [١١/١٥٩].

(٢) ذكرها فى الروضة، وقال: لا يحنث فى واحدة من اليمينين، ولابد من أكل جميعه. انظر: روضة الطالبين [١١/٤٤].

اللحم إن جهلناها بيعًا أن يعينوا اللحم أجزاء، ويعينوا باسم كل واحد منها جزءًا، ثم يبيع صاحب كل جزء نصيبه من سائر الأجزاء بالدراهم، ويشترى ما لأصحابه من ذلك الجزء بالدراهم ويتقاصوا[(١)].

قال الماوردى: إذا أردت الحيلة فى قسم الفاكهة الرطبة، وقلنا القسمة بيع، فإنك تجعلها جزأين، ويبتاع أحد الشريكين من الآخر نصف الجزء الذى اختاره بدينار ويبيع على شريكه نصف الجزء الآخر ويتقاصان الدينار بالدينار، ويستقر ملك كل واحد منهما على حصته[(٢)].

إذا صرف منه دينارًا بعشرين ومعه عشرة، فالحيلة فيه أن يستقرضه من مال آخر، فلو استقرضه مما أخذ منه إن كان قبل التخاير لا يجوز؛ لأن التصرف فيه قبل إنبرام العقد بينهما باطل، وإن كان ذلك بعد التخاير يجوز، إن قلنا: أن التخاير لا يجعل بمنزلة التفرق، وإلا فلا يجوز، قاله القاضى الحسين وغيره.

حيلة فى نكاح المحلل أن يشترى عبدًا صغيرًا ويزوجها منه برضاها، ثم يستدخل حشفته، ثم يبيع العبد منها فينفسخ النكاح، ويحصل التحليل[(٣)]، قالوا: وهذا من لطائف الحيل؛ لأنه يخشى من الزوج أن لا يطلق، وأن يحصل بوطئه العلوق، وهذه حيلة فى عدم التوقف على الطلاق، وعدم العلوق.

* * *

الحياة المستقرة والمستمرة وعيش المذبوح

اعلم أن هذه الثلاثة تقع فى عباراتهم ويحتاج إلى الفرق بينها، فأما المستمرة فهى الباقية إلى انقضاء الأجل، أما بموت أو قتل، خلافًا للمعتزلة فى الثانى.

والحياة المستقرة هى أن تكون الروح فى الجسد ومعها الحركة الاختيارية دون

---

(١) كذا ذكره فى الروضة، وقال: وقال صاحب التلخيص: تصح القسمة قطعًا للحاجة. انظر: روضة الطالبين [٣/١٩٨].

(٢) كذا ذكره الماوردى: قال: فيكون هذا بيعًا يجرى عليه جميع أحكام البيوع. انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٥/١٢٩].

(٣) ذكره فى الروضة، وقال: قال الأئمة: هو أسلم طريق فى الباب وأدفعه للعار، ثم قال: ويحصل التحليل إن صححنا تحليل الصبى، وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح وإلا فلا. انظر: روضة الطالبين [٧/١٢٧].

الاضطرارية، كالشاة إذا أخرج الذئب حشوتها وأبانها حركتها حركة اضطرارية، فلا تحل إذا ذبحت، كما لو كان إنسانًا لا يجب القصاص بقتله فى هذه الحالة[١]، وإن عضها الذئب، فقور بطنها، ولم ينفصل كرشها فحياتها مستقرة؛ لأن حركتها الاختيارية موجودة[٢]، ولهذا لو طعن إنسان وقطع بموته بعد ساعة أو يوم، وقتله إنسان فى هذه الحالة وجب القصاص[٣]؛ لأن حياته مستقرة، وحركته الاختيارية موجودة، ولهذا امضوا وصية أمير المؤمنين، عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، بخلاف ما إذا أبينت الحشوة؛ لأن مجارى النفس قد ذهبت صارت الحركة اضطرارية، وقد تكون الحواس سليمة، والحياة مستقرة والحركة اختيارية، ويعطى الإنسان فيها حكم الأموات كالواقع فى بحر لا ينجو منه، وتاب فى هذه الحالة، فإنه لا تقبل توبته، ويقسم ماله وتنكح نساؤه، ولا يصح شىء من تصرفاته، ولهذا لم يقبل إيمان فرعون، وفى مثلها لو أشرف إنسان على الغرق وقتله قاتل قبل أن يموت وجب عليه القود، ولو كانت شاة فذبحها فى هذه الحالة حلت، وأما حياة عيش المذبوح وهى التى لا يبقى معها إبصار ولا نطق ولا حركة اختيارية، فإذا انتهى الإنسان إلى ذلك، فإن كان بجناية جان وقتله آخر فلا قصاص عليه، والقصاص على الأول[٤]، وإن انتهى إلى هذه الحالة بمرض قتله قاتل فعليه القصاص[٥]، قال الإمام: لو انتهت الشاة بالمرض إلى أدنى الرمق فذبحت حلت؛ لأنه لم يوجد سبب يحال عليه الهلاك[٦]، بخلاف ما إذا افترسها سبع، فوصلت إلى هذه الحالة، قال: ولو أكلت الشاة نباتًا مضرًا، فصارت إلى أدنى الرمق، فذبحت فقد ذكر شيخى فيه وجهين، ثم قطع فى كثير بنفى الحل[٧]؛ لأنه وجد سبب يحال عليه الهلاك، فصار كجرح السبع.

وحاصل كلامه أن الشاة إذا انتهت بالمرض إلى حالة عدم الحياة المستقرة، وذبحت حلت، وهو نظير إيجاب القصاص على قاتل المريض، حتى قال الإمام: إن المريض لو

(١) انظر: روضة الطالبين [١٤٥/٩].

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب للنووى [٨٩/٩].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٤٥/٩].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١٤٥/٩].

(٥) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٤٦/٩].

(٦) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٢٧١/٤].

(٧) قال الشيخ الخطيب الشربينى: فلم يحل كما جزم به القاضى مرة وهو أحد احتماليه فى مرة أخرى، وإن جرى بعض المتأخرين على خلاف ذلك. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٢٧١/٤]، ومثله فى شرح المهذب [٨٨/٩].

انتهى إلى سكرات الموت، وبدت مخايله وتغيرت الأنفاس فى الشراسيف، لا يحكم له بالموت حتى يجب القصاص على قاتله[١]، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يشخص بصر الميت أم لا، وحالة شخوص البصر هو الحالة التى يشاهد فيها الميت ملك الموت، وهذه الحالة هى التى لا تقبل فيها التوبة، قال الله تعالى: ﴿**وليست التوبة للذين يعملون السيئات حتى إذا حضر أحدهم الموت قال إنى تبت الآن**﴾ [النساء: ١٨]، وقال ﷺ: «إن الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر»[٢].

والحاصل: أن الحياة المستقرة لا يعتبر تحقق حصولها فى الشاة المريضة، ويعتبر فى أكيلة السبع[٣] ونحوه، وقد اختلف فى تفسير ما يدل عليها، فقال ابن الصباغ: أن تكون الحياة المستقرة بحيث لو ترك لبقى يومًا أو بعض يوم، وغير المستقرة لو ترك لمات فى الحال، وقال غيره: الحياة المستقرة أن لا تنتهى إلى حركة المذبوح، وقد سبق بيان حركة المذبوح، وقال فى المرشد: تعرف الحياة المستقرة بشيئين: أحدهما: أن تكون حالة وصول السكين إلى الحلقوم يطرف عينه أو يتحرك ذنبه؛ لأن الحياة إذا زالت من أسفل لم يتحرك ذنبه، ويشخص بصره، والثانى: أن لا يتحرك فيه شىء بعد إبانة الرأس، ولا عبرة بالاختلاج بعد الذبح، وكذا إنهار الدم، يعنى من غير حركة، وجزم النووى، بأن انفجار الدم بعد الذبح وتدفقه مع وجود الحركة الشديدة من أمارات بقاء الحياة المستقرة، وأن الحركة الشديدة وحدها، كذلك فى الأصح[٤]، قال فى الكفاية: وعن بعض الأصحاب: أن مجرد خروج الدم دليل على استقرار الحياة، وقال فى شرح المهذب: قد وقعت هذه المسألة فى الفتاوى مرات، فكان الجواب فيها، أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر من علاماتها، الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء وجريان الدم، فإذا حصلت قرينة مع إحداها حل الحيوان، والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها، فهذا هو الصحيح الذى نعتمده[٥]، انتهى.

---

(١) كذا نقله عنه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٤٦/٩]، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٢٧١/٤].

(٢) أخرجه الترمذى فى الدعوات [٥٤٧/٥] - ح [٣٥٣٧]، وقال: حسن غريب، وابن ماجه فى الزهد [١٤٢٠/٢] - ح [٤٢٥٣]، والإمام أحمد فى مسنده [١٨٠/٢] - ح [٦١٦٥].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٤٦/٩].

(٤) قال فى شرح المهذب: وهو الصحيح الذى نعتمده. انظر: المجموع شرح المهذب [٨٩/٩].

(٥) كذا ذكره النووى. انظر: المجموع شرح المهذب [٨٩/٩].

واستفدنا من كلامه أن الحركة الشديدة، لا تحتاج إلى قرينة معها، بخلاف انفجار الدم، فإنه يحتاج معه إلى قرينة الحياة، قال: وذكر الشيخ أبو حامد، وصاحب الشامل والبيان وغيرهم، أن الحياة المستقرة ما يجوز أن تبقى مع الحيوان اليوم واليومين، فإن شق جوفها وظهرت الأمعاء، ولم تنفصل إذا ذكيت حلت، وهذا الذى ذكره منزل على ما قدمناه(١)، قال: وإذا جرحت الشاة ووصلت إلى أدنى الرمق فذبحت، فإنها تحل بلا خلاف(٢)، وحكى صاحب الفروع عن أبى على بن أبى هريرة، أنها ما دامت تضرب بيدها وتفتح عينها حلت بالذكاة، قال صاحب البيان: وهذا ليس بشىء؛ لأن الحياة فيها غير مستقرة، فإن حركتها حركة مذبوح، فلا تحل، والمذهب ما سبق(٣).

فرع:

شك فى المذبوح هل فيه حياة مستقرة بعد الذبح؟ فوجهان: أحدهما الحل؛ لأن الأصل بقاء الحياة، وأصحهما التحريم(٤) للشك فى الذكاة المبيحة، فإن غلب على ظنه بقاء الحياة المستقرة حلت(٥)، وهذا من المواضع التى فرقوا فيها بين الظن والشك.

تنبيه:

كلام الإمام يقتضى أن الحياة المستقرة يعتبر وجودها عند أول القطع لا بعده، فإنه قال: ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المرىء، ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح، لما ناله من قبل بسبب قطع القفا فهو حلال؛ لأن المعنى بما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح انتهى، ونقل فى شرح المهذب كلام الإمام واقتصر عليه(٦)، وقال فى الكفاية: قال ابن الصباغ: ينبغى أن يعتبر بقاء الحياة المستقرة أيضًا بعد قطع الحلقوم، وليس الأمر كذلك، بل الذى يقع الابتداء

---

(١) كذا ذكره النووى بنصه. انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٩].

(٢) كذا ذكره النووى. انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٨].

(٣) كذا ذكره النووى نقلاً عن صاحب الفروع. انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٨].

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٩]. واقتصر الشيخ الخطيب الشربينى على هذا الصحيح، وقال: حرم للشك فى المبيح وتغليبًا للتحريم. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/٢٧١].

(٥) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/٢٧١].

(٦) فقال: قال إمام الحرمين: يجب أن يشرع الذابح فى القطع، ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح. انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٩].

بقطعه فى هذه الحالة المرىء، والثانى: على تقدير أن الذى يقع الابتداء بقطعه فى هذه الصورة الحلقوم، أن المذهب الاكتفاء بكون الحياة مستقرة عند الشروع فى قطع الحلقوم، وقياسه أن يكتفى بكون الحياة مستقرة فيما إذا ابتدأ القطع من مقدم العنق عند قطع الحلقوم خاصة أيضًا، وعليه ينطبق قول الإمام فى أن الحياة، لو كانت مستقرة عند الشروع فى قطع المرىء والحلقوم تحل، وإن لم توجد عند تمام قطعهما إذا وجد الإسراع على النسق المعتاد، لكن الذى حكاه المزنى عن الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فى المختصر أنها إن تحركت بعد قطع رأسها أكلت، وإلا لم تؤكل، وفسر البندنيجى وجمهور الأصحاب ذلك، بأن الشافعى، رحمه الله، قال: إنما تعلم الحياة المستقرة بشدة الحركة، فإن كانت الحركة شديدة بعد قطع الرقبة فالحياة مستقرة، وكلام الغزالى يقتضى اعتبار استقرار الحياة إلى انتهاء ما يجب قطعه بالذكاة، وهو يوافق ما دل عليه ظاهر النص.

قلت: وبذلك يحصل فى المسألة ثلاث احتمالات، انتهى.

ويخرج من ذلك أنه، لو ذبح الشاة من مقدم عنقها فانتهت بقطع الحلقوم إلى حركة المذبوح، لم تحل، وإن انتهت إلى حركة المذبوح بعد قطع الحلقوم وبعض المرىء حلت على قول الإمام، ولم تحل على ظاهر النص، واختيار الغزالى، وكذا لو قطع البعض فماتت يكون موتها كانتهائها إلى حركة المذبوح، وهذا قياس ما قالوه فى الذبح من القفا[1]، ويحتمل الفرق فتحل فى هذه الحالة، وإن انتهت إلى حركة المذبوح قبل قطع شيء من المرىء، بخلاف الذبح من القفا؛ لأنه مقصر هناك بعصيانه بالذبح من القفا، لكن قال الإمام وغيره: يجب أن يسرع الذابح فى القطع، فلا يتأتى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح[2]، قال الرافعى: وهذا يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء فيشبه أن يكون المقصود هنا، إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح وهناك، إذا لم يتحقق الحال[3]، قال النووى: وهذا الذى قاله خلاف ما سبق تصريح الإمام به، بل الجواب أن هذا مقصر فى الثانى، فلا تحل ذبيحته بخلاف الأول، فإنه لا تقصير فى حقه، فلو لم يحلله أدى إلى حرج[4]، وينبغى أن يفصل

(١) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/٢٧١]، المجموع شرح المهذب [٩/٩١].
(٢) انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٧].
(٣) نقله عنه النووى فى المجموع. انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٧].
(٤) انظر: المجموع شرح المهذب [٩/٨٧، ٨٨].

بين أن يذبح بسكين غير كالّ، ويسرع فتحل ذبيحته، وإن مات قبل تمام القطع، وبين أن يذبح بسكين كالة، فلا تحل ذبيحته، كما لو تباطأ فى الذبح بالسكين غير الكال.

قال النووى: ولو أمرّ السكين ملصقًا باللحيين فوق الحلقوم والمرىء وأبان الرأس، فليس هذا بذبح؛ لأنه لم يقطع الحلقوم والمرىء[(١)]، ولو أخذ الذابح فى قطع الحلقوم والمرىء، وأخذ آخر فى نزع حشوته أو نخس خاصرته، لم يحل؛ لأن التذفيف لم يتمحض للحلقوم والمرىء، وإذا اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها، بأن يجرى سكينًا من القفا وسكينًا من الحلقوم حتى التقيا فهى ميته، بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح[(٢)]، وإنما أطلت فى هذا الفصل؛ لأنه من الضروريات، وقل من أتقنه.

* * *

الحيوان يتعلق به أمور

الأول: كله طاهر فى حال حياته، إلا الكلب والخنزير والمتولد منهما[(٣)]، وفى الخنزير قول قديم، اختير من جهة الدليل[(٤)]، ويلتحق بهما الجلالة على رأى الرافعى[(٥)]، أما بعد الموت فما لا يؤكل لحمه لا تؤثر فيه الذكاة عندنا[(٦)]، بل هو ميتة خلافًا لأبى حنيفة، رضى الله عنه[(٧)]، ومناط حل أكل الذبيحة هل هو جواز الذبح أو قصد الأكل؟ فيه خلاف، تظهر فائدته من الصائلة إذا قتلت بالصيال تردد ابن كج فى حل أكلها، وقال

---

(١) انظر: المجموع شرح المهذب [٨٧/٩].

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب [٨٧/٩].

(٣) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٧٨/١]، روضة الطالبين [١٣/١].

(٤) لم أعثر على هذا القول القديم، لكن قال النووى فى شرح المهذب: وأما ما احتج به المصنف، وما احتج به غيره ولا دلالة فيه، وليس لنا دليل واضح على نجاسة الخنزير فى حياته، انظر: المجموع شرح المهذب [٥٦٨/٢]، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٧٨/١].

(٥) فقال: يكره أكل لحم الجلالة كراهة تنزيه على الأصح الذى ذكره أكثرهم منهم العراقيون، والرويانى، وغيرهم، وقال أبو إسحاق، والقفال: كراهة تحريم، ورجحه الإمام، والغزالى، والبغوى. انظر: روضة الطالبين [٢٧٨/٣].

(٦) كذا ذكره النووى، وقال: وممن نص على المسألة القاضى حسين ذكرها فى تعليقه فى باب بيع الكلاب. انظر: المجموع شرح المهذب [٢٤٦/١].

(٧) كذا ذكره الشيخ المرغينانى. انظر: الهداية [٤٠٠/٤/٣، ٤٠١].

المروزى: إن لم يصب المذبح لم تحل، وإن أصاب فوجهان[١].

ومنها: تذكية الصبى الذى لا يميز والمجنون، والأصح الحل[٢]، والدابة الموطوءة إذا قلنا: تقتل، فذبحت ففى حل أكلها وجهان، ووجه المنع أنها بوجوب قتلها التحقت بالمؤذيات.

الثاني: فى قتله وهو على أربعة أقسام:

أحدها: ما فيه نفع بلا ضرر فيحرم قتله.

ثانيها: ما فيه ضرر بلا نفع فيستحب قتله، كالحيات والسباع المؤذية والفواسق الخمس[٣]، ومنه العناكب؛ لأنها من ذوات السموم، كما قاله بعض الأطباء، وكثير من العوام من يمتنع من قتلها؛ لأنه عشش فى فم الغار على النبى ﷺ، وهذا يلزمه أن لا يذبح الحمام.

ثالثها: ما فيه نفع من وجه كالصقر، والبازى، والشاهين، والعقاب ونحوها، وكالفهد، وسائر أنواع السباع التى تصيد، فلا يستحب قتله لما فيه من المنفعة، ولا يكره قتله للضرر[٤]، وذكر فى الروضة أنه يحرم قتل الكلب المعلم[٥]، وهو خلاف ما فى الأم.

رابعها: ما لا نفع فيه ولا ضرر كالخنافس، والديدان، والجُعَل، والفراش وغيرها، فلا يحرم قتلها لعدم نفعها، ولا يستحب لعدم ضررها[٦].

قاعدة:

من ملك صيدًا حرم عليه إرساله إلا فى صور: أن يُحرم، أو يكون للطائر فرخ يموت بحبسه، أو لم يجد ما يطعمه أو ما يذبحه به فيجب إرساله[٧]، ولو أعتقه على وجه القربة

---

(١) نقله عنه فى الروضة فى باب الصيال. انظر: روضة الطالبين [١٠/١٩٥].

(٢) وهو الذى قطع به الشيخ أبو حامد، وصاحب المهذب، وقال النووى فى زوائد الروضة: الأظهر الحل، وصح الثانى، الإمام والغزالى وجماعة. كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٢٣٨].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣/١٤٦]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٤٨].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٣/١٤٦]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٤٨].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٣/١٤٦]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٤٨].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٣/١٤٦]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٤٨].

(٧) كذا ذكره الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٤٨].

حرم، قال القفال: يحسبونه قربة وهو حرام؛ لأنه يشبه سوائب الجاهلية، وقيل: يباح ذلك ويزول الملك كالعتق فى العبد، وعلى الأصح: لا يزول ملكه بإرساله، وليس لغير المالك اصطياده، إلا أن يبيحه المالك لمن أخذه[١].

الثالث: أن يكون له اختيارًا. ولهذا لو فتح قفصًا عن طائر فوقف، ثم طار لم يضمن، وإن طار عقب الفتح فقولان[٢] نظيره، ما لو نفر المحرم صيدًا فعثر فمات عقب التنفير ضمنه، وإن نفره فسكن، ثم عثر فمات لا ضمان[٣]، وما لو أكل الجارح من الصيد المذهب أنه لا يحل[٤].

قال الإمام: وددت لو فصل بين أن يقف زمانًا، ثم يأكل، وبين أن يأكل بنفس الأخذ، لكن لم يتعرضوا له[٥]، قال النووى: قد تعرض له الجرجانى فى مسألة[٦]، لو وضع السارق المتاع فى الحرز على ظهر دابة وسيرها حتى خرجت قطع، وإن مشت بنفسها حتى خرجت فلا قطع فى الأصح، وقيل: إن سارت على الفور قطع، وإلا فوجهان، وقيل: بالعكس[٧].

ولو علّم فردًا إخراج المتاع بنقب وأرسله، حكى الرافعى عن فتاوى القفال ينبغى أن لا يقطع لشبهة اختيار الحيوان[٨]، ولكن لو أمسك إنسانًا وعرضه للسبع وجب القصاص قطعًا؛ لأنه آلة له فكان كما لو قتله بالسيف، ومثله الحيوان الضارى بطبعه[٩].

ولو رمى من الحل صيدًا فى الحل فقطع السهم فى مروره هواء الحرم فوجهان: أحدهما: لا يضمنه، كما لو أرسل كلبًا فى الحل على صيد فى الحل، فتخطى طرف

---

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٥٠/٣].

(٢) أظهرها: إن طار فى الحال ضمن، وإلا فلا، والثانى: يضمن مطلقًا، وفى الثالث: لا يضمن مطلقًا. انظر: روضة الطالبين [٥/٥].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٤٨/٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٢٤٩/٣]، انظر: المجموع شرح المهذب [١٠٥/٩].

(٥) نقله عنه النووى. انظر: المجموع شرح المهذب [١٠٥/٩].

(٦) فقال: قال الجرجانى فى التحرير: إن أكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حل، وإن أكله متصلاً بالعقر فعلى قولان. انظر: المجموع شرح المهذب [١٠٥/٩].

(٧) انظر: روضة الطالبين [١٣٧/١٠].

(٨) انظر: روضة الطالبين [١٥٣/١٠].

(٩) انظر: روضة الطالبين [١٣٤/٩].

الحرم، فإنه لا يضمن وأصحهما يضمن بخلاف الكلب؛ لأن للكلب اختيارًا بخلاف السهم، ولهذا قال الأصحاب: لو رمى صيدًا فى الحل، فلم يصبه وأصاب صيدًا فى الحرم وجب الضمان، ومثله، لو أرسل كلبًا لا يجب[١]، ولو سرق دابة لا تساوى نصابًا فتبعها ولدها، فلا قطع فى الأصح؛ لأن للحيوان اختيارًا[٢].

* * *

---

(١) ذكر هذا كله فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١٥/٣].

(٢) وقال فى الروضة: وهو الأظهر. انظر: روضة الطالبين [١٣٧/١٠].

حرف الخاء المعجمة

الخبر

إما أن يكون عن خاص أو عام.

الأول: منحصر فى ثلاثة: الإقرار، والبينة، والدعوى؛ لأنه إن كان بحق على المخبر فهو الإقرار، أو على غيره فهو الدعوى، أو لغيره فهو الشهادة.

وضبطها ابن عبدالسلام بضابط آخر، وهو أن القول، إن كان ضارًا لقائله فهو الإقرار، وإن لم يكن ضارًا به، فإما أن يكون نافعًا له أو لا، والأول: هو الدعوى، والثانى: الشهادة، انتهى.

والثانى: وهو أن يكون المخبر عنه عامًا، لا يختص بمعين، وينحصر أيضًا فى ثلاثة: الرواية، والحكم، والفتوى؛ لأنه إن كان خبرًا عن محسوس فهو الرواية، وإن لم يكن فإن كان فيه إلزام فهو الحكم، وإلا فالفتوى، وعلم من هذا ضابط كل واحد من هذه الستة، ومن المشكل اشتراطهم لفظ الشهادة فى رؤية هلال شهر رمضان، وفى المترجم والمسمع أنها تتعلق بالعموم فكيف تلحق بالشهادة الخاصة.

* * *

الخبر ما احتمل الصدق والكذب

ولهذا، لو قال: من أخبرتنى منكما بكذا فهى طالق، فإذا أخبرتا طلقتا صدقتا أو كذبتا، ولا فرق بين المقرون بالباء وغيرها.

وقال الفورانى: لو قال: من أخبرتنى منكما بقدوم زيد لم يقع، إلا إذا أخبرته صادقة؛ لأن الباء للإلصاق فصار فى معنى شرط القدوم فى الإخبار، ومن أخبر ببعض الواقع، هل يسمى كاذبًا، قال الماوردى: لو اشترى ثوبًا بمائة درهم، فأخبر فى بيع المرابحة أنه اشتراه بتسعين، فهل يكون كاذبًا فى إخباره؟ وجهان: أحدهما: لا، لدخول التسعين فى المائة، فعلى هذا الخيار للمشترى، إذا علم الحال.

والثانى: أنه كاذب؛ لأن التسعين بعض الثمن، وفى مقابلة بعض[1] البيع، وعلى هذا فالمشترى بالخيار[2].

---

(١) ثبت فى الأصل [جميع]، والصحيح ما أثبتناه.

(٢) كذا ذكره الماوردى. انظر: الحاوى الكبير [٥/٢٨٢].

ولو أقام بينة، ثم قال: كذبت أو هى مبطلة امتنع الحكم بها[(١)]، وفى بطلان دعواه وجهان[(٢)]، اختار صاحب التقريب البطلان؛ لأن الكذب عند الأشعرية عدم مطابقة الخبر لما فى الخارج، وإن لم يعلم الشخص ذلك، وعن صورة الجهل احترز النبى ﷺ، بقوله: «من كذب علىّ متعمدًا فليتبوأ مقعده من النار»[(٣)]، وإنما قال الله تعالى فى المنافقين: ﴿والله يشهد إن المنافقين لكاذبون﴾ [المنافقون: ١]؛ لأنهم قالوا: إنهم يشهدون بالرسالة وهم لا يشهدون بها؛ لأن الشهادة بها اعتقادها أو الإخبار بها على وجه الانقياد ومواطأة الظاهر للباطن وأصحهما المنع[(٤)]، لاحتمال أن يريد بكذب الشهود أنهم أخبروا عن غير علم، فلهم حكم الكاذبين إذ رضوا بخبر يجوزون كذبه جوازًا غير بعيد، فذلك رضا بالكذب، وهذا فى قوله: مبطلين غير مناف للظاهر، فيجب القطع به.

* * *

الخبرة الباطنة

قال الإمام: قال الأئمة: تعتبر فى ثلاث شهادات: الشهادة على أن لا وارث له، والشهادة على العدالة، وعلى الإعسار[(٥)(٦)].

قلت: والأوليان من منصوصات الأم، وشرط الثانية: أن تكون معرفته متقادمة[(٧)]، قال الإمام: وإنما شرطناها فى هذه الأشياء؛ لأن مستند الشهادة فيها الستر على وجه لا

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٤١/١٢].

(٢) أحدهما: يبطل كما لو كذب نفسه، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى، وأصحهما: لا تبطل لاحتمال كونه محقًا فى دعواه والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون. انظر: روضة الطالبين [٤١/١٢].

(٣) أخرجه البخارى فى العلم [٢٤٢/١] - ح [١٠٧]، ومسلم فى المقدمة [١٠/١] - ح [٣/٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٤١/١٢].

(٥) نقله عنه الشيخ السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٩٢].

(٦) ثبت فى الأصل [الإعدام]، والصحيح ما أثبتناه.

(٧) ذكر ذلك فى الروضة، وقال: وهو ظاهر لفظ الشافعى، رحمه الله، ثم قال فى الروضة: ويشبه أن يقال: شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم على سبيل الاشتراط بل؛ لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك. انظر: روضة الطالبين [١٧٠/١١].

يستيقن، ولكن مست الحاجة إلى قبول البينة فى هذه المنازل، والاكتفاء بغلبة الظن، وإلا لتعطل تعديل الشهود وتسليم التركات للورثة، والاكتفاء ولتخلد الحبس على المعسر، قال: ثم أهل الخبرة الباطنة من عاشره سفرًا وحضرًا، وكان يطلع على باطن حاله، وإنما يتحقق القاضى خبرتهم بإخبارهم، ولا يشترط ذكره فى صيغة الشهادة، ولو علم القاضى به فلا إشكال(١).

وذكر الأصحاب فى كتاب النكاح صورة رابعة، وهى إذا ادعت المرأة غيبة وليها، فنص الشافعى، رضى الله عنه، أنه لا يزوجها السلطان حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولى خاص حاضر، وأنها خلية من النكاح والعدة، وهل هو واجب أو مستحب؟ وجهان(٢): قال الرافعى: ولا تقبل فى هذه إلاّ شهادة من يطلع على حالها(٣)، كما فى شهادة الإعسار وحصر الورثة.

وخامسة، ذكرها القفال فى فتاويه وهى الشهادة على البلوغ بالسن.

وسادسة، منصوصة فى المختصر، وهى الشهادة بالرشد.

* * *

الخراج بالضمان

هو حديث صحيح، ومعناه ما خرج من الشىء من عين ومنفعة، وغلة فهو للمشترى عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم فى مقابلة الغرم.

وقد ذكروا على هذا التقرير سؤالين:

أحدهما: أنه لو كان الخراج فى مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع تَمّ العقد، أو انفسخ إذ لا ضمان حينئذ، ولم يقل أحد منهم بذلك، وإنما يكون له إذا تَمّ العقد حينئذ.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١١/١٧٠، ١٧١].

(٢) قيل: واجب، وقيل: مستحب، والأصح كما ذكره النووى فى زوائد الروضة، وقال: إنه مستحب، وبه قطع إبراهيم المروزى، ذكره فى أخر كتاب الطلاق. انظر: روضة الطالبين [٧/٦٩].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٧/٦٩].

وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك، وبعده بالضمان، والملك جميعًا، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان؛ لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه واستبعاده، أن الخراج للمشترى يبذله، فقيل له: إن الغنم فى مقابلة الغرم.

الثاني: لو كانت العلة الضمان لزم أن تكون الزوائد للغاصب؛ لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، ومتى كانت العلة أشد كان الحكم فيها أولى وبهذا احتج لأبى حنيفة، رضى الله عنه، فى أن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب(١).

وأجيب بوجهين:

أحدهما: أنه ﷺ، قضى بذلك فى ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه إذا تلف تلف على ملكه وهو المشترى، والغاصب لا يملك المغصوب.

والثاني: أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع، بل إذا أتلفها، فالخلاف فى ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف، وهذا جواب الإمام الشافعى، رضى الله عنه.

نعم، خرج عن هذا مسألة، وهى ما لو أعتقت المرأة عبدًا، فإن ولاءه يكون لابنها، ولو جنى جناية خطأ فالعقل على عصبتها دونه(٢)، وقد يجىء مثله فى بعض العصبات يعقل ولا يرث.

* * *

الخطب اثنتا عشرة

أربع فى الصلاة، وأربع فى الحج، وأربع فى النكاح.

فالأول: خطبتا الجمعة وهما فرضان، وخطبتا العيدين، وهما سنة، وكذلك خطبتا الكسوف والاستسقاء(٣)، وكلها مثنى إلا الكسوف فتجزئ فيها واحدة على النص، حكاه البندنيجى(٤).

(١) كذا ذكره الشيخ المرغينانى. انظر: الهداية [٣،٤/٣٤٣].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٩/٣٥٠].

(٣) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٢/٤٩٣].

(٤) قال الشيخ الخطيب الشربينى: ولا تجزئ خطبة واحدة، وهو كذلك للاتباع، وما فهمه ابن الرفعة من كلام حكاه البندنيجى عن البويطى وتبعه عليه جماعة مردود، كما نبه عليه جماعة بأن عبارة البويطى لا تفهم ذلك. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١/٣١٩].

والثاني: يوم سابع ذى الحجة بعد الظهر وهى فردة، ويوم عرفة بمنى بعد الزوال خطبتين قبل الظهر وخطبة يوم النحر بعد الزوال(١).

وخطبة يوم النفر الأول بعد الظهر، والجميع بعد الصلاة، إلا خطبة عرفة؛ فإنها قبلها كالجمعة(٢).

والثالث: الخطبة عند الخِطبة، وعند إجابة الولى، وعند العقد، وخُطبة الزوج عند القبول(٣)، وأغرب ابن سراقة فى كتاب الإعداد، فقال: كلها سنة، إلا الجمعة وخطبة عرفة فهما فرض يفعلان قبل الصلاة وبعد الزوال، وكذا قال الماوردى فى باب صلاة العيد: كلها تتعقب الصلاة، إلا الجمعة، وعرفة، قال: وما يتقدم الصلاة واجب، وما يتعقبها سنة(٤).

* * *

الخطأ يرفع الإثم

وهو المراد من قوله ﷺ: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان»(٥)، أما فى الحكم فإن حقوق الآدميين العامد والمخطئ فيها سواء، وكذلك فى بعض حقوق الله تعالى، كقتل الصيد، والخطأ فى العبادة مرفوع غير موجب للقضاء، إن لم يؤمن وقوع مثله فى المفعول ثانيًا، كما لو أخطأ الحجيج فى الوقوف بعرفة فوقفوا العاشر لا يجب القضاء؛ لأن الخطأ لا يؤمن فى السنين المستقبلة(٦)، ومثله الأكل فى الصوم ناسيًا ومفسد الحج بالجماع، إذا أفسد القضاء بالجماع، لم يلزمه غير قضاء واحد(٧).

ولو اجتهدوا فى أشهر الحج وأحرموا، ثم بان الخطأ عامًا، فهل ينعقد حجًا كما لو وقفوا العاشر أو غيره؟ وجهان(٨) حكاهما الرويانى: أما إذا أمكن التحرز منه، فلا يكون

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٤٩٣/٢].

(٢) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٤٩٣/٢].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣٥/٧].

(٤) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٤٩٣/٢].

(٥) انظر: تفصيل الكلام فيه، فى كشف الخفاء للعجلونى [٥٢٢/١- ٥٢٣]، برقم [١٣٩٣].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٩].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٩٠].

(٨) أحدهما: نعم، كالخطأ فى الوقوف العاشر، والثانى: لا، والفرق أنّا لو أبطلنا الوقوف فى العاشر أبطلناه من أصله، وفيه إضرار، وأما هنا: فينعقد عمرة. كذا ذكره الشيخ السيوطى نقلاً عن شرح المهذب. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٩٠].

الخطأ عذرًا فى إسقاط القضاء، كما إذا أخطأ الحجيج فى الموقف فوقفوا فى غير عرفة، فيلزمهم القضاء سواء كانوا جمعًا كثيرًا أو قليلاً(١)، قاله الجرجانى فى المعاياة، لأن الخطأ فى الموقف يؤمن مثله فى القضاء.

وكالحاكم يحكم بالاجتهاد، ثم يجد النص بخلافه، لا يعتد بحكمه(٢).

ولو صلى بالاجتهاد، ثم تيقن الخطأ بعد الصلاة وجب القضاء فى الأصح(٣).

ولو اجتهد فى أوان أو ثياب ، ثم بان أن الذى توضأ به أو لبسه كان نجسًا لزمه الإعادة(٤).

ولو صلى بنجس لم يعلمه، وجب القضاء فى الجديد(٥).

ولو صلت الأمة مكشوفة الرأس، ثم أعتقت فى أثناء الصلاة، وكان لها سترة ولم تعلم بالعتق، إلا بعد الفراغ من الصلاة فقولان(٦)، كالتى قبلها.

ولو ترك الفاتحة ناسيًا وجب القضاء فى الجديد(٧).

ولو أكل الصائم أو جامع باجتهاد معتقدًا أن الفجر لم يطلع، وكان قد طلع، أو ظن أن الشمس قد غربت ولم تغرب لزمه القضاء، ولواجتهد فى وقت الصلاة، ثم بان أنه صلى قبل الوقت أو اجتهد فى الصيام فوافق شعبان وتبين الحال بعد انقضاء رمضان أو أحج عن نفسه، لكونه معضوبًا فبرئ، أو غلطوا فوقفوا بعرفة الثامن، أو رأوا سوادًا فظنوه عدوًا، فصلوا صلاة شدة الخوف، فبان خلافه أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيرًا، ففى هذه الصور قولان، وبعضه مرتب على بعض أو أقوى، والصحيح فى الجميع أنه لا يجزيه(٨).

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٨].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١١/١٥٠].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٩].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٩].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٩].

(٦) أطلقهما فى الروضة، ثم قال: وقيل: يجب الإعادة قطعًا. انظر: روضة الطالبين [١/٢٨٧].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٩].

(٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٨٩].

الخلط بما لا يتميز بمنزلة الإتلاف

ولهذا لو خلط الوديعة بما له ولم تتميز ضمن[١].

ولو غصب حنطة أو زيتًا وخلطها بمثلها فهو إهلاك، حتى ينتقل ذلك المال إليه ويترتب فى ذمته بدله، وحينئذ فيضمن ضمان المغصوب[٢]، ولم يجعلوه هلاكًا فى الفلس، فإذا خلط المشترى صاع البائع بصاع مثله، ثم حجر عليه بالفلس أخذ البائع صاعًا منه مقدمًا على الغرماء[٣]، ولم يسلكوا به فى البيع مسلك الغصب، ولا الفلس، بل جعلوه تعييبًا، فقالوا: لو باع فاختلطت بغيرها، قبل القبض لا ينفسخ البيع فى الأصح لبقاء المبيع، ويتخير المشترى.

ولو اختلط الثوب بأمثاله والشاة المبيعة بأمثالها، فالصحيح الانفساخ.

وفى فتاوى النووى، لو غصب دراهم أو حنطة من جماعة من كل واحد شيئًا معينًا، ثم خلط الجميع، ولم يتميز، ثم فرق عليهم جميع المخلوط على قدر حقوقهم يحل لكل واحد قدر حقه، وإن فرق على بعضهم لزم المدفوع إليه أن يقسم القدر الذى أخذه عليه وعلى الباقين بالنسبة إلى قدر أموالهم وهذا تصريح بأنه يصير مشتركًا لا مستهلكًا.

ولو أوصى بحنطة معينة، ثم خلطها كان رجوعًا فى الأصح[٤]، وقيل: إن خلط بأجود فرجوع[٥].

ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بأجود منها فرجوع فى الأصح[٦]؛ لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها، أو بمثلها فلا إذ الموصى به كان مشاعًا، فلا تضره زيادة الخلط[٧]، وكذا بأردأ فى الأصح[٨].

---

(١) قطع به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٣٦].

(٢) وهو المذهب: وقيل فيه قولان: أحدهما هذا، والثانى: يشتركان فى المخلوط ويرجع فى قدر حقه من نفس المخلوط، وقيل: إن خلط بالمثل اشتركا وإلا ملكاها لك. انظر: روضة الطالبين [٥/٥٢].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٤/١٦٩].

(٤) قال فى الروضة: وهو الصحيح المنصوص. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٠٩].

(٥) ذكره فى الروضة وعزاه إلى ابن زيد. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٠٩].

(٦) قطع به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٠٩].

(٧) كذا قطع به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٠٩].

(٨) اقتصر عليه فى الروضة وذكره. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٠٩].

وفى ترتيب الأقسام للمرعشى، ذهب بعض أصحابنا إلى أنه لو خلط الحنطة والشعير وغيرها من الحبوب لا يجوز بيعها، كذلك وهو عندى جائز، لإمكان تمييزها، وإن فى كل واحد منهما بقية، ولكن إذا كانت فضة مختلطة بشىء فلا يجوز؛ لأن المقصود به مجهول فهو كتراب المعدن الذى نص الشافعى، رحمه الله، على بطلان بيعه، وكأنه بناه على منع المعاملة بالمغشوش.

* * *

الخلف فى الصفة هل ينزل منزلة خلف العين؟

الضابط فيه أن ما قام الوصف فيه مقام الرؤية فهو محل القولين كالنكاح، فإذا شرط فى أحد الزوجين، وصف إسلام أو حرية فأخلف فالأظهر الصحة[(١)]، ويتخير إن بان دون المشروط[(٢)].

وأما ما لا يغنى فيه الوصف عن الرؤية كالبيع، فلا ينزل منزلة خلف العين قطعًا، فلو اشترى عبدًا بشرط أنه كاتب، فبان خلافه فالبيع صحيح قطعًا، ولكن يثبت فيه الخيار[(٣)]، ومن ذلك بدل الخلع، فإذا قال: خالعتك على هذا الثوب المروى، أو على شرط أنه مروى، وكان هرويًا فقبلت طلقت[(٤)]، قال الإمام: وقطع الأئمة أجوبتهم به، فإن الفرقة متعلقة بالإيجاب والقبول، ولا نظر إلى خلف الصفة المشترطة، بدليل أنه لو قال: خالعتك على هذا الخل أو هذا العبد، فبان خمرًا، أو حرًا، فالفرقة واقعة، فإذا كان الخروج من المالية لا يمنع وقوع الفرقة، فخلف الصفة أولى، ومن هاهنا يظهر ضعف ما نقله الرافعى عن السرخسى فى هذه المسألة من لحاظ أن الخلف فى الصفة هل ينزل منزلة خلف العين أم لا[(٥)].

ومنها: لو ادعى عليه القتل عمدًا، فأقر بالقتل ونفى العمد، فهل تغلظ عليه اليمين؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم، كما فى أصل القتل، والثانى: لا؛ لأن الموصوف أكد من

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٨٣/٧].

(٢) انظر: روضة الطالبين، حيث قال: أطلق الغزالى فى ثبوت الخيار قولين، وفرق الأصحاب بين الصفة التى حصل فيها الخلق. انظر: روضة الطالبين [١٨٤/٧].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٤٦٠/٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٤١٣/٧، ٤١٤].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٤١٤/٧].

الصفة، فإذا حلف فهل للمدعى طلب الدية؟ قال المتولى: فيه قولان بناء على أن الدية فى الخطأ تجب على العاقلة ابتداء أم تلقيا، فعلى الأول، ليس له طلب الدية، وإن قلنا بالثانى، فينبنى على أن الخلف فى الصفة، هل هو كالخلف فى الموصوف؟ وفيه قولان، من النكاح، إن قلنا: نعم، فكأنه ادعى مالاً واعترف بمال آخر لا يدعيه، وإن قلنا: لا، طالب بالدية، ونازعه ابن الرفعة بما يوقف عليه من كلامه.

أما اختلاف الجنس، فهل هو كاختلاف العين أو الصفة؟ وجهان، أصحهما: الأول.

ولهذا لو خالعها على ثوب بعينه على أنه كتان فبان قطنًا أو عكسه، فالأصح فساد العوض(١)، لما ذكرناه، فأشبه ما لو خالع على عبد فقبض أمة، قال الرافعى: وهؤلاء قالوا: لو باع ثوبًا على أنه كتان فبان قطنًا فسد البيع(٢)، وقضيته أن المصحح للعوض يصحح صورة البيع، وبه صرح الماوردى(٣).

ولو ورد العقد فى الصرف على معين، وخرج أحدهما نحاسًا بطل العقد، وقيل: لا تغليبًا للإشارة، ويحتاج للفرق بينه وبين ما إذا اشترى زجاجة ظنها جوهرة يصح، ولا يثبت الخيار(٤).

وأما الاختلاف فى الجهة فلا يضر على المذهب، كما قاله الرافعى فى باب الإقرار، فيما إذا قال: أنت أعتقت هذا العبد فأنكر، ثم اشتراه منه(٥)، وذكر فى باب العارية فيما إذا قال الراكب: أعرتنى هذه الدابة، وقال المالك: غصبتها، خرجه البغوى على الاختلاف فى الجهة، وقال الإمام: لا يخرج عليه؛ لأن العين متحدة، ولا أثر للاختلاف فى الجهة مع اتحاد العين(٦)، ولو أقر بألف عن ضمان فقال المقر له: من جهة أخرى لزمة

---

(١) وبه قطع الشيخ أبو حامد، وسائر العراقيين، وقطع البغوى أنه كاختلاف الصفة. انظر: روضة الطالبين [٤١٤/٧].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٤١٤/٧].

(٣) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٦٨/١٠].

(٤) ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن؛ لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة، ونقل المتولى وجهًا شاذًا: أنه كشراء الغائب وتجعل الرؤية التى لا تفيد المعرفة ولا تنفى الغرور، كالمعدومة. انظر: روضة الطالبين [٤٧٢/٣].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٣٦٢/٤].

(٦) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٤٤٤/٤].

فى الأصح[١]، واختلاف الجهة لا يمنع الأخذ، لكن الرافعى صحح فيما إذا شهد شاهد بألف من ثمن مبيع، وآخر على إقراره عن قرض عدم اللزوم وبناه على مسألة الإقرار[٢]، وهو بناء لا يصح، ووجه المنع فى صورة الشهادة عدم توارد الشاهدين على لفظ واحد.

* * *

الخلاف يتعلق به مباحث

الأول: يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف فى تحريمه وفعل ما اختلف فى وجوبه، إن قلنا: كل مجتهد مصيب لجواز أن يكون هو المصيب، وكذا إن قلنا: إن المصيب واحد؛ لأن المجتهد إذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه ونظر فى متمسك مخالفه، فرأى له موقعًا، فينبغى له أن يراعيه على وجه، وكذا الخلاف بين المجتهدين، إذا كان أحدهما إمامًا، لما فى المخالفة من الخروج على الأئمة، وقد صح عن ابن مسعود، رضى الله عنه، أنه عاب على عثمان، رضى الله عنه، صلاته بمنى أربعًا وصلى معه، فقيل له فى ذلك فقال: الخلاف شر.

قال الشيخ أبو محمد بن عبد السلام فى القواعد: أطلق بعض أكابر الأصحاب، قيل: ويعنى به، ابن أبى هريرة: أن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه، وليس كما أطلقه، بل الخلاف أقسام:

الأول: أن يكون فى التحليل والتحريم فالخروج من الخلاف بالاجتناب أفضل.

الثانى: أن يكون الخلاف فى الاستحباب والإيجاب، فالفعل أفضل.

الثالث: أن يكون الخلاف فى الشرعية، كقراءة البسملة فى الفاتحة، فإنها مكروهة عند مالك[٣]، رحمه الله، واجبة عند الشافعى[٤]، رحمه الله، وكذلك صلاة الكسوف على الهيئة المنقولة فى الحديث، فإنها سنة عند الشافعى[٥]، رحمه الله، وأنكره أبو حنيفة، رضى الله عنه[٦]، فالفعل أفضل.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٤/٤١٢].

(٢) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٢/٦٦].

(٣) وهو المشهور عن الإمام مالك وتحصيل مذهبه عند أصحابه. انظر: الكافى لابن عبد البر [١/٢٠١].

(٤) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١/١٥٧].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٢/٨٣].

(٦) وعنده هيئتها كالنوافل. انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٢/٩٤].

قال: والضابط أن مأخذ الخلاف، إن كان في غاية الضعف، فلا نظر إليه لاسيما، إذا كان مما ينقض الحكم بمثله، وإن تقاربت الأدلة، بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد، فهذا مما يستحب الخروج منه حذرًا من كون الصواب مع الخصم، انتهى.

قلت: لمراعاته شروط:

أحدها: أن يكون مأخذ المخالف قويًا، فإن كان واهيًا لم «يراعَ»[(١)]، كالرواية المنقولة عن أبي حنيفة، رضي الله عنه، في بطلان الصلاة برفع اليدين، فإن بعضهم أنكرها وبتقدير ثبوتها لا يصح لها مستند[(٢)]، والحاديث الصحيحة معارضة لها، وكذلك ما نقل عن «عطاء» من إباحة وطء الجوارى بالعارية، وهو أولى من قول الرافعي: إنما وجب الحد؛ لأنهم لم يصححوا النقل عنه فإنا نقول: ولو صح فشبهته ضعيفة لا أثر لها، فإن الأبضاع لا تباح بالإذن، كما في بضع الحرة فصار كشبهة الحنفي في النبيذ، فإنه لا أثر لها[(٣)]، وسواء كان الاختلاف في المذاهب السالفة، كما ذكرنا أو في مذهبنا كخلاف الاصطخري في تحريم التصوير، وقوله: إنما حرم لقرب عهد الناس بالأصنام[(٤)].

واعلم: أن ظاهر كلام القفال مراعاة الخلاف، وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط، فإنه قال في فتاويه: إذا نقص من القلتان شيء يسير ووقع فيهما نجاسة، قال: ينبغي أن يقلد من يقول: القلتين خمسمائة رطل تحديدًا، فإذا نقص شيء ووقع فيها نجس تأثرت وحينئذ يتيمم، ثم يقضي بناء على المذهب وهو أن هذا لا يتأثر بالنجاسة، وكأنه رأى استحباب الإعادة للخروج من الخلاف، وقال المتولي في التتمة: يستحب التحجيل في التيمم؛ لأن عند الأزهري مسح جميع اليد واجب، ليخرج بذلك عن الخلاف هذا مع ثبوت الأحاديث الصحيحة بالاقتصار على الكفين.

الثاني: أن لا تؤدي مراعاته إلى خرق الإجماع، كما نقل عن ابن سريج أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه[(٥)] ويمسحهما مع الرأس، ويفردهما بالغسل مراعاة لمن قال: إنهما من الوجه أو الرأس أو عضوان مستقلان فوقع في خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٧].

(٢) كذا ذكره الشيخ السيوطي. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٣٧].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٠/١٦٩].

(٤) فقال النووي في زوائد الروضة: الصحيح التحريم والحديث صحيح، يشير بذلك إلى قوله ﷺ: «لعن الله المصورين». انظر: روضة الطالبين [٧/٣٣٦].

(٥) وهو قول الزهري. انظر: المجموع شرح المهذب [١/٤١٦].

بالجمع، وقال النووى: من غلطه فى ذلك فغالط، فإن الشافعى، رحمه الله، والأصحاب استحبوا غسل النزعتين مه الوجه مع أنهما يمسحان فى الرأس، أى: للخروج من خلاف من قال: هما من الوجه، ولم يقل أحد بوجوب غسلهما ومسحهما، ومع ذلك استحبوه(١).

الثالث: أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنًا، فإن لم يكن كذلك، فلا يترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح؛ لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه وهو لا يجوز قطعًا.

ومثاله: الرواية عن أبى حنيفة، رضى الله عنه، فى اشتراط المصر الجامع فى انعقاد الجمعة(٢)، لا يمكن مراعاته عند من يقول: إن أهل القرى إذا بلغت العدد الذى ينعقد به الجمعة لزمتهم، ولا يجزيهم الظهر فلا يمكن الجمع بين القولين.

ومثلها أيضًا: قول بعض أصحابنا: أن من تقدم الإمام بقراءة الفاتحة وجب عليه إعادتها(٣)، فإن القائل بهذا الوجه، لا يمكن معه مراعاة القائل: بأن تكرار الفاتحة مرتين مبطل، إلا أن يخص البطلان بغير العذر.

ومثلها أيضًا: قول أبى حنيفة، رضى الله عنه: أول وقت العصر مصير ظل الشىء مثليه(٤)، وقول الاصطخرى من أصحابنا أن هذا آخر وقت العصر مطلقًا ويصير بعده قضاء، وإن كان هذا وجهًا ضعيفًا(٥) غير أنه لا يمكن الخروج من خلافهما جميعًا، وكذلك الصبح، فإن عند الاصطخرى أن يخرج وقت الجواز بالأسفار(٦)، وذلك الوقت عند أبى حنيفة، رضى الله عنه، هو الأفضل(٧)، قلت: يمكن بفعلها مرتين فى الوقتين، وكذلك أيضًا يضعف الخروج من الخلاف، إذا أدى المنع من العبادة لقول المخالف بالكراهة أو المنع كالمشهور من قول مالك: أن العمرة لا تتكرر فى السنة(٨)، وقول أبى

(١) انظر: المجموع شرح المهذب [٤١٧/١].

(٢) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٨٨/٢].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣٧٣/١].

(٤) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٤١/٢].

(٥) كذا ضعفه فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٨٠/١].

(٦) انظر: روضة الطالبين [١٨٢/١].

(٧) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٤٢/٢].

(٨) قال ابن عبدالبر: وكره مالك العمرة فى السنة الواحدة مرارًا. انظر: الكافى لابن عبد البر [٤١٧/١].

حنيفة، رضى الله عنه: أنها تكره للمقيم بمكة فى أشهر الحج، وليس التمتع مشروعًا[(١)] له، وربما قالوا: إنها تحرم فلا ينبغى للشافعى مراعاة ذلك، لضعف مأخذ القولين، ولما يفوته من كثرة الاعتمار، وهو من القربات الفاضلة.

أما إذا لم يكن كذلك، فينبغى الخروج من الخلاف، لا سيما إذا كان فيه زيادة تعبد كالمضمضة والاستنشاق فى غسل الجنابة يجب عند الحنفية[(٢)]، وكذلك الاستنشاق عند الحنابلة فى الوضوء[(٣)]، والغسل من ولوغ الكلب ثمانى مرات، والغسل من سائر النجاسات ثلاثًا لخلاف أبى حنيفة[(٤)]، رضى الله عنه، وسبعًا لخلاف أحمد[(٥)]، والتسبيح فى الركوع والسجود لخلاف أحمد فى وجوبها[(٦)]، والتبييت فى نية صوم النفل، فإن مذهب مالك، رحمه الله، وجوبه[(٧)]، وإتيان القارن بطوافين وسعيين مراعاة لخلاف أبى حنيفة، رحمه[(٨)] الله، والموالاة بين الطواف والسعى؛ لأن مالكًا، رحمه الله، يوجبها[(٩)]، وكذلك التنزه عن بيع العينة ونحوه من العقود المختلف فيها، وأصل هذا الاحتياط قول الشافعى، رضى الله عنه، فى مختصر المزنى: فأما أنا فأحب أن لا أقصر فى أقل من ثلاثة أيام احتياطًا على نفسى، قال الماوردى: أفتى بما قامت الدلالة عنده عليه، أى من مرحلتين، ثم احتاط لنفسه اختيارًا لها، وقال القاضى أبو الطيب: أراد خلاف أبى حنيفة، رضى الله عنه، وهو كقوله فى الصلاة خلف المريض القاعد قائمًا الأفضل أن يستخلف صحيحًا يصلى بهم حتى يخرج من الخلاف، وكقوله: إذا حلف فالأفضل أن لا يكفر بالمال إلا بعد الحنث ليخرج من الخلاف، وقد أورد عليه أن من العلماء من شرط للقصر أكثر من ثلاثة أيام ولياليهن، فكان ينبغى اعتباره والجواب ضعف دليل الزيادة عليها وقوة دليلها، ومن هنا كان الصوم أفضل للمسافر إن لم يتضرر به، وإن

---

(١) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ١٧١/٢].

(٢) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ١٦/٢].

(٣) انظر: المغنى لابن قدامة [١٠٤/١].

(٤) حيث قال: يغسل الإناء من ولوغه ثلاثًا. انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٢٤/٢].

(٥) انظر: المغنى لابن قدامة المقدسى [٤٥/١].

(٦) وهو أحد الروايتين عن الإمام أحمد، وهو قول إسحاق، وداود. انظر: المغنى لابن قدامة [٥٤٣/١].

(٧) انظر: الكافى لابن عبد البر المالكى [٣٣٦/١].

(٨) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ١٦٧/٢].

(٩) انظر: الكافى لابن عبد البر [٣٦٩/١].

كانت الظاهرية لا يرونه جائزًا إذ لا يعتبر خلافهم فيما ضعف مأخذه، وأما قول القاضى الحسين، أن الشافعى، رضى الله عنه، اعتبر خلاف داود فى الكتابة فى الجمع بين القوة والأمانة فقد غلطه فيه ابن الرفعة، فإن داود لم يدرك زمن الشافعى، رضوان الله تعالى عليه، قلت: إنما أراد داود بن عبد الرحمن العطار أحد أشياخ الإمام الشافعى، رحمه الله، سمعت ذلك عن بعض الأشياخ.

سؤال:

لم اعتبرتم الخلاف وإن وهى على رأى ضعيف فى مسألة عطاء فى إباحة الجوارى، فلم توجبوا الحد على وجه ولم تعتبروا خلاف أبى حنيفة، رضى الله عنه، فى القتل بالمثقل[١] بل أوجبتم القصاص جزمًا فهلا أجريتم خلافًا كما أجريتم فى مسألة عطاء والحدود تدرأ بالشبهات.

وأجاب بعض من لا تحقيق عنده بأن عطاء أجل من المخالفين فى مسألة المثقل، فمن ثم اعتبر على رأى، وإن ضعف وهذا جواب بالجاة فإنّا لا ننظر إلى القائلين وإنما ننظر إلى الأقوال ومآخذها.

وإنما الجواب، أن أبا حنيفة، رحمه الله، لم يقل بحل قتل الناس بعضهم بعضًا بالمثقل بل هو عنده عظيم من الوزر، وإنما خالف فى وجوب القصاص به وعطاء أباح الجوارى بالعارية، فلو أباح أبو حنيفة، رحمه الله، فى المثقل ما أباحه عطاء فى الجوارى لروعى خلافه، وإنما هو موافق لنا على التحريم، ومن علم حرمة شىء مما يجب فيه الحد وجهل الحد لم ينفعه جهله بالحد، بخلاف من جهل الحرمة أو ينازع فيها.

فائدة:

قالوا: يجب الحد فى نكاح المتعة إن صح رجوع ابن عباس[٢]، رضى الله عنهما، لحصول الإجماع واستشكله الرافعى من جهة إنهم نقلوا عن زفر، رحمه الله، أنه ألغى التأقيت وصحح النكاح مؤبدًا فيسقط الحد لذلك، ويعضده أنه صح ذلك عن غير ابن عباس من السلف، رضى الله عنهم، ولم ينقل عنه الرجوع، فإن لم نصحح رجوع ابن عباس، رضى الله عنهما، فقد أجمعوا بعده على بطلانها، فإن قلنا: إنه إذا اختلف أهل عصر فى مسألة على قولين، ثم اتفق من بعدهم أن ذلك يصير مجمعًا عليه وجب الحد،

(١) انظر: الهداية للمرغينانى [٣، ٤/٢٠٥].
(٢) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/١٤٥].

وإلا فلا كالوطء فى سائر الأنكحة المختلف فيها وهو الأصح.

وقد يقال فى الجزم بوجوب الحد عليه على القول الأول، نظر فإن الخلاف فى المسألة محقق وإن ادعى الأول نفيه، وفى فتاوى القفال: إذا أذن الراهن للمرتهن فى وطء المرهونة فوطئها عالمًا بالتحريم، قيل: لا يحد لخلاف عطاء، والصحيح وجوبه[١]، فقيل: إن هذا يبطل بنكاح المتعة فإنه لا يجب الحد بالوطء فيه، وإن لم يكن به قائل اليوم، فقال: لا يصح؛ لأنه كان يقول به قوم من بعد الخلاف فى الزمن الأول، والأخبار فيه كثيرة بخلاف هذا، قيل له: فما الفرق بين النكاح بلا ولى وبين شرب المسكر حيث أوجب الحد هناك، ولم يوجب هاهنا؟ فقال: لأن الخلاف هناك وقع فى الحد، والخلاف فى الحد لا يسقط الحد، كما أن الخلاف فى الشيء المسروق لا يمنع وجوب القطع، ولا نظر إلى الخلاف كذا هاهنا، والخلاف فى النكاح بلا ولى وقع فى إباحة ذلك الوطء، وفى انعقاد النكاح، قيل له: وكذلك هاهنا وقع الخلاف فى أن شربه مباح أم لا؟ فعندنالا[٢]، وعند أبى حنيفة، رحمه الله، مباح[٣]، فلم ينفصل عنه بشىء.

وكتب الشيخ الإمام دوير الكرخى على الحاشية جوابًا عن هذا الإشكال فقال: حد الخمر للجناية على العقل المفضية إلى المفاسد، والقليل يدعو إلى الكثرة المفسدة، فزجر عنه تأكيدًا، وهو أمر حسى، كما فى الخمر، وحد الزنى لإفساد الفرش فى موضع إتيان الأمة، وذلك حكم لم يثبت هاهنا مع إجازة بعض العلماء مضافًا إلى الشرع بالدليل، فلذلك سقط ولهذا لا يمنع الشهادة.

الثانى: إذا وقع الخلاف فى وجوب شىء فأتى به من لا يعتقد وجوبه احتياطًا كالحنفى ينوى فى الوضوء، ويبسمل فى الصلاة، فهل يخرج من الخلاف وتصير العبادة منه صحيحه بالإجماع؟.

قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايينى: لا يخرج به عن الخلاف؛ لأنه لم يأت به على اعتقاد وجوبه، ومن اقتدى بـ«ممن يخالفه»لا تكون صلاته صحيحة بالإجماع، وقال الجمهور: بل يخرج لأجل وجود الفعل وعلى هذا، فلو كان هناك حنفى هذا حاله وآخر يعتقد وجوبه فالصلاة خلف الثانى أفضل؛ لأنه لا يخرج بالأول عن الخلاف بالإجماع، فلو قلد فيه فكذلك للخلاف فى امتناع التقليد.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٩٩/٤].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١٦٨/١٠].

(٣) انظر: الهداية للمرغينانى [٣، ٤٤٨/٤].

فإن قيل: هل من طريق فى الخروج من الخلاف فى الصلاة بالإجماع؟.

قلت: قد علمت أن الإتيان به من غير اعتقاد إيجابه لا يكفى على رأى، وتقليد من يرى الوجوب فيه، واعتقاد حقيقته لا يكفى أيضًا؛ لأن فى الانتقال من المذاهب خلافًا، فالأولى: أن يقدر فعل ذلك ليقع واجبًا، ولو مسح الشافعى جميع رأسه فى الوضوء وصلى خلفه المالكى، فالظاهر أنه يخرج من الخلاف، ولا يجرى فيه خلاف أبى إسحاق لأمرين.

أحدهما: أنه إذا مسح الجميع يقع واجبًا على رأى عندنا.

الثانى: أن الإمام الشافعى، رضى الله عنه، بدأ فى نية الوضوء بإجماع، وهذه النية اقتضت عند مالك، رحمه الله، وجوب مسح الرأس فوقع مسح الرأس بنية واجبة؛ لأن تفصيل النية عند كل عضو غير واجب لدخوله فى النية المطلقة، فظهر أنه إذا مسح جميع رأسه خرج من خلاف مالك، رحمه الله، وإن اعتقد الندب فى مسح جميع الرأس.

نعم، ينبغى أن يمسح الجميع بنية مطلقة ليخرج من الخلاف، فإن مسح بنية الندب كان صارفًا عن وقوعه عن الإيجاب عند مالك، رحمه الله.

واعلم: أن كلام القفال موافقة الإستاذ فإنه قال فى فتاويه: اختيارى أن أوتر بركعة، فإن قيل: ينبغى أن يوتر بثلاث ليخرج من الخلاف ويكون احتياطًا كما قال الشافعى، رحمه الله، فى القصر: فى ثلاث.

قلنا: هذا لا يشبه ذاك؛ لأنه إذا أوتر بثلاث وقعد فى الثانية للتشهد كما يقول أبو حنيفة، رحمه الله: لا يكون ذلك خروجًا من الخلاف؛ لأنه إنما ينوى به التطوع وإن اتفق الفعلان، وعند أبى حنيفة، رحمه الله: لايؤدى الوتر بنية التطوع، وإن نوى بتلك الصلاة الوتر فقط، لا يكون أيضًا خروجًا بالاتفاق؛ لأن اعتقاد الشافعى أن الوتر ليس بواجب، وهو وإن نوى الوتر لا يكون تامًا يخرج به من الخلاف لتضاد الاعتقاد، وفيما دون ثلاث مراحل الإتمام أولى من القصر؛ لأن ذلك ينبنى على أصل، وإذا بلغ ثلاث مراحل حينئذ نأمره بالقصر فينتقل من حكم الأصل بيقين.

الثالث: أن الإنكار من المنكر إنما يكون فيما اجتمع عليه، فأما المختلف فيه فلا إنكار فيه؛ لأن كل مجتهد مصيب، أو المصيب واحد ولا نعلمه، ولم يزل الخلاف بين السلف فى الفروع ولا ينكر أحد على غيره مجتهدًا فيه، وإنما ينكرون ما خالف نصًا أو إجماعًا

قطعيًا، أو قياسًا جليًا، وهذا إذا كان الفاعل لايرى تحريمه، فإن كان يراه فالأصح الإنكار كما قاله الرافعى فى الوليمة.

فإن قيل: فلو شرب الحنفى النبيذ حَدَدْناه، وأى إنكار أعظم من الحد، قلنا: لأن الحد إلى الإمام فاعتبر فيه عقيدته والإنكار يعتمده عقيدة الفاعل ولهذا لم ترد شهادته.

الرابع: قد يرتكب فى المناظرة الخلاف؛ لأنه موضع ضرورة، وقد يكون صاحبه فى مهلة النظر، فلا ينبغى نقله إلا إذا تحقق استقراره عليه، ومن ثم لم يحسن نقل الرافعى وغيره وجهًا فى صوم النفل بعد الأكل قبل الزوال عن أبى زيد[1]، فإنه إنما قال ذلك فى مجلس المرافعة، كما حكاه القاضى الحسين وغيره، وكذلك نقله عن أبى يعقوب الأبيوردى، جواز طواف الوداع بغير طهارة[2]، قال الإمام: وإنما قال هذا من حيث إنه ألزم، وقيل له: لو جاز جبر طواف الوداع بالدم لجاز جبر الطهارة به كالدم فارتكبه، وقال: يجبر بالدم[3]، وهذا غلط، فإن الجبر للطواف لا للطهارة، ويشهد لذلك أيضًا قول الأصحاب: أن المنصور فى الخلاف أن الخلع فسخ، وإن كان المذهب أنه طلاق[4].

الخامس: ذكر ابن هبيرة فى مسائل الإجماع أنه قد يتعذر الخروج من الخلاف، كما فى البسملة فإن الجهر بها عند الشافعى، رحمه الله، هو السنة[5].

وعند أبى حنيفة[6]، رحمه الله، وأحمد، رحمه الله، الإسرار هو السنة[7]، وعند مالك، رحمه الله، الترك[8] بالكلية، وقد يقال: إذا كان المنع مع الأكثر كان هو الأولى هذا فى

(١) وقال الرافعى: وينسب هذا القول إلى ابن سريج، وأبى زيد، ومحمد بن جرير الطبرى. انظر: روضة الطالبين [٢/٣٥٢].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/١١٧].

(٣) أى أبى يعقوب الأبيوردى. انظر: روضة الطالبين [٣/١١٧].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٧/٣٧٥].

(٥) انظر: روضة الطالبين [١/٢٤٢]، مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١/١٥٦].

(٦) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٢/٥٢].

(٧) قال ابن قدامة المقدسى: ولا تختلف الرواية عن أحمد أن الجهر بها غير مسنون. انظر: المغنى لابن قدامة [١/٥٢١].

(٨) قال ابن عبدالبر: وهو المشهور عن مالك وتحصيل مذهبه عند أصحابه، وقد روى إسماعيل، عن أبى ثابت، عن ابن نافع، عن مالك، قال: وإن جهر فى الفريضة ببسم الله الرحمن الرحيم، فلا حرج. انظر: الكافى لابن عبد البر [١/٢٠١].

المقلد، فأما المجتهد فمع اجتهاده، قال: على أن المجتهد اليوم لا يتصور لاجتهاده فى هذه المسائل التى قد تحررت فى المذاهب ثمرة؛ لأن الفقهاء، رحمهم الله، المتقدمين قد فرغوا من ذلك وأتوا بمبالغ الأقسام لها فلا يؤدى اجتهاد المجتهد، إلا إلى مثل مذهب واحد منهم، انتهى.

ومن هذا أيضًا، قال الشيخ عز الدين: قد يتعذر الورع على الحاكم فى مسائل الخلاف، كما إذا كان ليتيم على يتيم حق مختلف فى وجوبه، فلا يمكنه الصلح هاهنا إذ لا يجوز المسامحة بمال أحدهما، وعلى الحاكم التورط فى الخلاف، وكذلك حكم الأب والوصى.

السادس: إذا اختلفت الروايات فى إيقاع العبادات على أوجه متعددة فمن العلماء، رحمهم الله، من سلك طريقة الترجيح باختيار أحدهما، وهى طريقة الإمام الشافعى، رحمه الله، غالبًا.

ومنهم من سلك طريقة الجمع بفعلها فى أوقات ويرى أن الاختلاف من الجنس المباح، وهو رأى ابن سريج، ولذلك أمثلة:

منها: الأحاديث الواردة فى دعاء الاستفتاح، ورجح الشافعى، رحمه الله، حديث التوجه[١] لموافقته للقرآن[٢].

ومنها: أحاديث التشهد ورجح الإمام الشافعى، رحمه الله، أحاديث ابن عباس، لموافقته للقرآن[٣]؛ ولأن الحكم للأحدث[٤].

ومنها: كيفية قبض أصابع اليمنى على الركبة فى التشهد فيه أوجه لاختلاف الأحاديث، وأصحها أنه يضعها تحت المسبحة، كأنه عاقد ثلاثًا وخمسين[٥]، ثم قال ابن الصباغ وغيره: وكيف ما فعل من هذه الهيئات، فقد أتى بالسنة؛ لأن الأخبار قد وردت

---

(١) أخرجه مسلم فى المسافرين [٢/٥٣٤- ٥٣٦] - ح [٧٧١/٢٠١].

(٢) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١/١٥٥، ١٥٦].

(٣) أى قوله تعالى: ﴿تحية من عند الله مباركة طيبة﴾ [النور: ٦١].

(٤) أى: لتاخر تشهد ابن عباس عن تشهد بن مسعود. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١/١٧٤].

(٥) انظر: مغنى المحتاج [١/١٧٣].

بها جميعًا، وكأنه ﷺ كان يصنع هكذا مرة وهكذا مرة، كذا نقله الرافعى[(١)]، ونقله ابن يونس فى شرح الوجيز عن المحققين.

ومنها: الجمع فى إجابة المؤذن بين الحيعلة والحوقلة عملاً بحديث التفصيل والإطلاق، لكن الإمام الشافعى، رحمه الله، أخذ بحديث التفصيل[(٢)]؛ لأنه مفسر مبين وهو قاض على المجمل.

ومنها: الخلاف فى تثنية الأذان وإفراد الإقامة، نقل الماوردى عن ابن سريج أنه من الاختلاف فى المباح، وليس بعضه أولى من بعض، ثم قال: وهذا قول منطرح بإجماع المتقدمين على أن الخلاف فى أولاه وأفضله[(٣)]، ونقل البيهقى عن ابن خزيمة، نحو ما قاله ابن سريج.

ومنها: الاختلاف فى سجود السهو قبل السلام وبعده، ورجع الشافعى، رحمه الله، قبل السلام[(٤)]؛ لأنه أحدث الأمرين وفى موضع جمع بينهما، فحمل ما قبله على ما إذا كان بنقص، وبعده على ما إذا كان بزيادة، وحمل اختلاف الروايات عليه.

ومنها: صلاة الخوف فى الأنواع المشهورة، ونزلها الشافعى، رحمه الله، على كون العدو فى جهة القبلة تارة، وعلى ما إذا لم يكن أخرى وأخذ فى صلاة ذات الرقاع[(٥)] برواية سهل، وقدمها على رواية ابن عمر؛ لأنها أحوط للحرب وأقل مخالفة لقاعدة الصلاة.

ومنها: عدد التكبيرات فى صلاة الجنازة، قال ابن سريج: ما ورد من الزيادة عليها من الاختلاف المباح، والجميع سائغ[(٦)]، وخالفه الجمهور، وقالوا: كان فيه خلاف فى الصدر الأول، ثم انعقد الإجماع على الأربع، نعم، لو خمس عمدًا لم تبطل فى الأصح[(٧)]، لثبوتها فى صحيح مسلم[(٨)]، وهو ظاهر إذا فعله عن اجتهاد أو تقليد، وإلا فيبطل؛ لأنه كالعابث.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٢٦٢/١].

(٢) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [١٤٠/١].

(٣) كذا ذكره الماوردى. انظر: الحاوى الكبير [٥٥/٢].

(٤) وهو الأظهر، والجديد. انظر: روضة الطالبين [٣١٥/١].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٥٢/٢].

(٦) نقله فى الروضة [١٢٤/٢].

(٧) انظر: روضة الطالبين [١٢٤/٢].

(٨) أخرجه مسلم فى الجنائز [٦٥٩/٢] - ح [٩٥٧/٧٢].

ومنها: قوله: اللهم إنى ظلمت نفسى ظلمًا كثيرًا، بالثاء المثلثة، ويروى بالباء الموحدة، قال النووى: وينبغى الجمع بينهما وهو بعيد، بل الأولى تنزيله على اختلاف الأوقات، فتقول هذا مرة وهذا مرة.

* * *

الخيار(١) يتعلق به مباحث

الأول: شرع لدفع الغبن، وهو إما لدفع ضرر متوقع، وهو خيار المجلس، والشرط، فإنهما إنما ثبتا لضرر يتوقع العاقد حصوله فيستدركه فى مجلس العقد أو مدة الخيار ويتخلص منه.

وإما لدفع ضرر واقع كخيار العيب والشفعة وخلف الشرط، وخيار عيوب النكاح ونحوه.

ثم الخيار إن كان مقدرًا من جهة الشارع، كخيار المجلس والشرط بثلاثة أيام وخيار التصرية، إذا قدرناه بها فلا يوصف بفور ولا بتراخٍ.

وإما أن لا يقدر، والضابط فيه، إما أن يكون فى تأخير الاختيار ضرر على من يقابله، فهو على الفور، وإلا فهو على التراخى، وهو ينقسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: الإجارة، كما إذا استأجر أرضًا لزراعة فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعيب، قال الماوردى: وهو على التراخى؛ لأن سببه تعذر نقض المنفعة، وذلك يتكرر بمرور الزمان ويوافقه قول الرافعى، لو أجاز، ثم بدا له مكن من الفسخ إن كان يرجو زواله(٢)، وقد غلط فى هذه المسألة جماعة، فأفتوا بأن خيار المستأجر، إذا وجد عيبًا على الفور كالرد بالعيب منهم ابن الجميزى، وابن السكرى.

الثانية: كل مقبوض عما فى الذمة من سلم أو كتابة، إذا قبضه فوجده معيبًا قال الإمام: إن قلنا بملكه بالرضا، فلا شك أن الرد ليس على الفور، وأن الملك موقوف على الرضا، وإن قلنا يملك بالقبض فيحتمل أن يقال: الرد على الفور، كما فى شراء الأعيان والأوجه المنع؛ لأنه ليس معقودًا عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدى رده إلى رفع العقد إبقاء للعقد.

---

(١) الخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٢/٤٣].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٥/٢٤٢].

ومما يجب على الفور خيار النقيصة[١]، والخلف[٢]، وإذا شرط الرهن والضمين فلم يف به، وكذا العتق فى العبد المبيع، ولم يف وقلنا: العتق حق للبائع وفى صور تفريق الصفقة إذا أثبتنا فيه الخيار.

الثانى: ما هو على التراخى قطعًا كخيار الوالد فى الرجوع، وخيار من أبهم الطلاق بين زوجتيه أو العتق بين أمتيه، وخيار التعيين لمن أسلم على الزائد على العدد الشرعى، وخيار امرأة المولى، وامرأة المعسر بالنفقة، وخيار أحد الزوجين إذا تشطر الصداق، وهو زائد زيادة متصلة أو ناقص فى الرجوع إلى نصفه أو إلى نصف قيمته، وخيار المشترى إذا أبق العبد قبل قبضه، قاله صاحب العدة، وتخيير ولى الدم بين العفو والقصاص(*).

الثالث: ما فيه خلاف، والأصح أنه على الفور كخيار تلقى الركبان[٣]، والبائع فى الرجوع لعين متاعه بإفلاس المشترى[٤]، والأخذ بالشفعة، والفسخ بعيب النكاح، وخيار الخلف فى النكاح، وخيار الغرور[٥]، والفسخ بالإعسار بالمهر[٦].

الرابع: ما فيه خلاف، والأصح أنه على التراخى كخيار السلم إذا انقطع المسلم فيه عند محله لجائحة وفيه وجه فى التتمة[٧]، وخيار الرؤية إذا جوزنا بيع الغائب عند امتداد مجلس الرؤية[٨].

البحث الثانى: مدة الخيار فى العقد هل تجعل كابتدائه؟ هو ضربان:

(١) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٧٨].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٤/١٤٧].

(*) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٩١].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣/٤١٥].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٤/١٤٧].

(٥) قال فى الروضة: وهو المذهب، وبه قطع الجمهور. انظر: روضة الطالبين [٧/١٩٢]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٩١].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٩/٧٩]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٩١].

(٧) نقل الوجهين فى الروضة عن صاحب التتمة بدون ترجيح. انظر: روضة الطالبين [٤/١١]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٩١].

(٨) كذا صححه فى الروضة، وقال: قال الشيخ أبو محمد: الوجهان بناء على وجهين فى أنه هل يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية كشراء العين الحاضرة أم لا؟ يثبت للاستغناء بخيار الرؤية؟، فعلى الأول: خيار الرؤية على الفور لئلا يثبت خيار بمجلسين، وعلى الثانى: يمتد. انظر: روضة الطالبين [٣/٣٧٧].

أحدهما: فى العقد الصحيح، فيلحق به كما إذا زاد فى الثمن، أو المثمن، أو شرط الخيار، أو الأجل، أو قدرهما[١] على الأصح؛ لأن العقد غير مستقر؛ ولأن مجلس العقد كنفس العقد إذ يصح فيه تعيين رأس مال السلم والعوض فى عقد الصرف.

ومنه: لو ألحق بالعقد شرطًا فاسدًا فى مدة الخيار، فعلى الخلاف، والأصح أنه يفسد العقد كالمقارن له[٢].

ومنه: إذا أطلقا عقد السلم فإنه يحمل على الحلول[٣]، فلو اتفقا على التأجيل فى المجلس جاز على الأصح، وكذا لو عقداه مؤجلاً، ثم إن أسقطا فى المجلس صار حالاً[٤].

الثانى: العقد الفاسد لاقتران شرط به لو حذفاه فى المجلس لم ينقلب العقد صحيحًا فى الأصح[٥]؛ لأن العقد الفاسد لا عبرة به، فلا يكون لمجلسه حكم، وكما لو كان له فى ذمة الغير دراهم، فقال: أسلمت إليك الدراهم التى فى ذمتك فى كذا، فإن شرط فيه الأجل كان باطلاً؛ لأن بيع الدين بالدين، وكذلك إن كان حالاً ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق، وإن أحضره فى مجلس العقد وسلمه، فوجهان: أحدهما: يصح، كما لو صالح من تلك الدراهم على دنانير وسلمها فى المجلس، وأصحهما: المنع[٦]؛ لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط، كما أنه لو باع طعامًا بطعام إلى أجل، ثم تبرعا بالإحضار والقبض فى المجلس لم ينقلب العقد صحيحًا.

الثالث: قال فى الروضة: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أشياء، وهى خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار الخلف، كأن شرطه البائع كاتبًا، فلم يكن كذلك، وخيار العيب، والإقالة، والتحالف، وتلف المبيع قبل القبض[٧].

---

(١) وهذا إذا كان قبل لزوم العقد، فإن كان بعد لم يلحق بالعقد قطع به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٣/٤١٢].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٤١٢، ٤١٣].

(٣) وهو أصح وجهين عند الجمهور، والثانى: لا ينعقد. انظر: روضة الطالبين [٤/٧].

(٤) قطع به فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٤/٧].

(٥) وفى وجه: ينقلب صحيحًا إن حذف فى المجلس وهو شاذ ضعيف. انظر: روضة الطالبين [٣/٤١٢].

(٦) كذا ذكره فى الروضة، ونقله عن صاحب التتمة. انظر: روضة الطالبين [٤/٣، ٤].

(٧) ذكره النووى فى زوائد الروضة نقلاً عن الأصحاب. انظر: روضة الطالبين [٣/٥٠٠].

وأما خيار الرؤية فى بيع الغائب إذا جوزناه، فهو ملحق فى المعنى بخيار الشرط، وخيار تفريق الصفقة، وخيار تلقى الركبان يرجع للعيب، وخيار الامتناع من العتق المشروط يرجع للخلف فى الشرط، وقد ترد هذه الخيارات الأربع إلى اثنين، فيقال: خيار الرؤية، وخيار النقيصة فيدخل فى الأول خيار المجلس والشرط، ورؤية المبيع الغائب، وفى الثانى: العيب والخلف، وقد يرد على الحصر صور منها اختلاط المبيع بغيره.

ومنها: خيار تعذر قبض الثمن فى الأصح(١)، وخيار الرجوع فى المبيع عند فلس المشترى(٢)، ولو علم أن البائع وكيل، أو أمين حاكم، أو وصى، أو أب لابنه الصغير، فهل يرد بهذه الأسباب؟ وجهان: أحدهما: نعم لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك، والأصح: لا، لجواز تبرعهم، وحكى فى البحر وجهًا ثالثًا، أنه إن لم يكن الولى ثقة ظاهرًا فله الخيار.

الرابع: بالنسبة إلى عوده بعد إسقاطه.

ضابطه: أن الخيار يستدعى وجود سببه فمتى وجد ثبت الخيار، ثم ينظر فإن كان ما ثبت به الخيار شيئًا واحدًا، يوجد جملة، ويظهر نفعه وضرره حالة ظهوره كالعيب والقصاص، فمتى وجد الرضا بالعيب وإسقاط القصاص فلا رجوع، وكذا لو رضيت بإعساره بالصداق لم يكن لها العود إلى الفسخ؛ لأن ضرره لا يتجدد(٣)، وإن كان ما ثبت به الخيار يثبت فى الأزمنة، ويتجدد كالخيار فى فسخ النكاح بالإعسار بالنفقة والإيلاء، فإنه يثبت الخيار للضرر الحاصل بانقطاع النفقة والوطء، وهو يتجدد فى كل وقت، فإن لكل زمان نفقة ووطئًا، فإذا رضى فى زمن ثبت الخيار فى الزمن الآخر، لكن إذا عادت فى النفقة استؤنفت المدة بناء على قول الإمهال(٤) بخلاف ما إذا رضيت بترك المطالبة بالفيئة، ثم عادت فطلبت لا تحتاج لضرب المدة(٥)، والفرق أن المدة تضرب بطلبها فسقطت بإسقاطها، والمدة فى الإيلاء تضرب بغير طلبها.

ومثله: انقطاع المسلم فيه يوجب الخيار، فلو أجاز ثم بدله مكن من الفسخ كزوجة

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٨٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٢٩٢].

(٣) قال فى الروضة: هكذا أطلقه الجمهور، وهو المذهب. انظر: روضة الطالبين [٩/٧٨، ٧٩].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٩/٧٨].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٨/٢٥٣].

المولى[١]، ووجهه الإمام بأن هذه الإجازة إنظار[٢]، قال الرافعى: وقد يتوقف الناظر فى كونها إنظارًا ويميل إلى أنها إسقاط حق كإجازة زوجة العنين، ويجوز أن يقدر فيه وجهان؛ لأن الإمام حكى وجهين فى إنه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط؟ وقال: الصحيح أنه لا يسقط[٣].

ومثله: السيد لو فسخ الكتابة إذا عجز العبد نفسه، فلو أنظره ثم بدا له جاز الفسخ[٤]، قاله الإمام فى باب الكتابة.

ومثله: إذا استأجر أرضًا لها ماء فانقطع ثبت له الخيار، فإن أجاز، ثم ندم وأراد الفسخ فله ذلك، فإن أجازته محمولة على توقع العود فلا يمتنع أن يفسخ بعد ما قدم الإجازة، قال الإمام: وهذا شبهه الأصحاب فى خيار المرأة بالنفقة والإيلاء.

ومثله: إذا قتل الأجنبى العبد فى يد البائع تخير المشترى، فإن قال: ابتع هذا الجانى بالقيمة ورضيت به، ولا أفسخ البيع، ثم بعد ذلك قال: أنا أفسخ البيع، قال القفال فى فتاويه: له ذلك كما لو غصب المبيع من يد البائع، فإن للمشترى الفسخ، فلوأجاز، وقال: رضيت بمطالبة الغاصب، ثم بعد ذلك بدا له الفسخ كان له ذلك، فقيل له: كان ينبغى أن لا يجوز؛ لأن رضاه بالقيمة فى ذمة الجانى كالمقبوض للمشترى كما فى المحتال لا يرجع بعد الحوالة، ويدل على استقرار القيمة فى ذمته وإنها كالمقبوضة له، أن له أن يستبدل عن تلك القيمة فى أى وقت شاء، فدل على إنها مقبوضة حكمًا، قال الشيخ: فى الاستبدال نظر، قيل: ويمكن الفرق بينها وبين مسألة الغصب، أن الخيار فى مسألة الإتلاف لأجل العيب سقط بالرضا، وفى الغصب لعدم القبض وتعذره والقبض مستحق فى كل زمان لا يسقط بالإسقاط.

ومنه: المميز إذا اختار أحد الأبوين كان عنده، فلو اختار بعده الآخر حول إليه[٥].

---

(١) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٤/١١]، الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٩/٢٤٦].

(٢) نقله عنه الرافعى. انظر: الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٩/٢٤٦].

(٣) كذا ذكره الرافعى. انظر: الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٩/٢٤٦].

(٤) ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٢/٢٥٤، ٢٥٥].

(٥) كذا ذكره فى الروضة، لكن قال: إن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تميزه جعل عند الأم كما قبل التمييز. انظر: روضة الطالبين [٩/١٠٤].

الخامس: إذا اجتمع أنواع من الخيار كخيار المجلس والشرط والعيب ففسخ العاقد، قال الدارمى فى كتابه جامع الجوامع: ينظر إن صرح بالفسخ بجميعها انفسخ بالجميع وإن صرح بالبعض انفسخ به، وإن أطلق ينفسخ بالجميع؛ لأنه ليس بعضها أولى من بعض، قلت: ويحتمل انصرافه للمتقدم أن ترتبت فى ذمته.

واعلم: أن الملك فى زمن خيار المجلس موقوف، وأما فى زمن خيار الشرط ففيه التفصيل بين أن يكون الخيار للبائع فالملك[1] له، أو للمشترى فله[2] أو لهما فموقوف[3]، فإذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط لأحدهما فقد تنافيا؛ لأن قضية خيار المجلس تعطى كون الملك موقوفًا، وقضية كونه لأحدهما تعطى كونه لواحد معين فما المغلب؟ الظاهر تغلب خيار الشرط لثبوته بالإجماع فيترتب عليه أثره وحينئذ، فلو انقطع خيار الشرط وهما مجتمعان، فالظاهر بقاء خيار المجلس لعدم التفرق، وخيار الشرط إنما رفع المدة لا أصل الخيار.

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣١٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣١٨].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣١٨].

حرف الدال

الدفع أقوى من الرفع[1]

ولهذا المستعمل إذا بلغ قلتين هل يعود طهورًا؟ فيه وجهان[2] ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصر مستعملاً بلا خلاف[3]، والفرق أن الماء إذا استعمل وهو قلتان كان دافعًا للاستعمال، وإذا جمع كان رافعًا والدفع أقوى من الرفع[4].

ومنها: منع تخمير الخل ابتداء بأن يوضع فيه خل، فمنع تخميرها مشروع، وتخليلها بعد تخميرها ممنوع[5].

ومنها: السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر، ولو سافر في أثناء يوم من رمضان لا يبيحه[6].

ومنها: أن الزوج يملك منع زوجته من حج الفرض، فإن شرعت فيه بغير إذنه، ففي جواز تحليلها قولان[7]، أظهرهما: نعم[8].

ومنها: وجود الماء بعد التيمم وقبل الصلاة يمنع الدخول فيها، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء في صلاة، لا تسقط به بطلت[9].

ومنها: اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء، ولا يفسخه في الدوام[10].

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٨].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٨].

(٤) كذا ذكره السيوطي. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٣٨].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٧٢/٤].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٣٦٩/٢].

(٧) كذا ذكرهما في الأشباه والنظائر. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٨].

(٨) كذا ذكره في الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٧٩/٣].

(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٨].

(١٠) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/١٣٨].

الدور[١] قسمان

حكمى: وهو أن يوجب شيء حكمين شرعيين[٢] متمانعين ينشأ الدور منهما.

ولفظى: وهو أن ينشأ الدور من لفظ اللافظ[٣]، كما فى مسألة الطلاق السريجية[٤]، ومسألة تعليق العزل بإدارة الوكالة، ومن الأول: لو كان لرجل ابن مملوك فأوصى له سيده به ومات الموصى، ثم مات الموصى له قبل قبول الوصية، وورثه أخوه فقبل أخوه الوصية عتق الابن على الصحيح، ولا يرث؛ لأنه لو ورث لحجب الأخ وبطل قبوله، فلم يعتق فيلزم من توريثه عدم توريثه.

ومنها: شهد شاهدان بعتق عبدين فحكم الحاكم بعتقهما، ثم شهد العتيقان بجرح الشاهدين لم يقبل لما يلزم من قبولها رد شهادتهما بالعتق[٥].

قال لأمته: إن زوجتك فأنت حرة، فزوجها عبدًا لم تعتق؛ لأن فى إيقاع الحرية إبطالها؛ لأنا لو قلنا: صارت حرة فى ذلك الوقت بطل تزويجها، وإذا بطل تزويجها بطلت حريتها؛ لأنه لم يحررها، إلا بصفة التزويج، وقال ابن أبى أحمد: يثبت النكاح وتبطل الحرية[٦].

---

(١) قال الشيخ السيوطى: ومسائل الدور هى التى يدور تصحيح القول فيها إلى فساده وإثباته إلى نفيه. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٠].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٠].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٠].

(٤) وهى: إذا قال لها: إن أو إذا أو متى أو مهما طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا، ثم طلقها فثلاثة أوجه: أحدها: لا يقع عليها طلاق أصلاً عملاً بالدور وتصحيحًا له؛ لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة، وحينئذ لا يقع الثلاث لعدم شرطه، وهو التطليق. والثانى: يقع المنجز فقط. والثالث: يقع ثلاث تطليقات، المنجزه وطلقتان من المعلق إن كانت مدخولاً بها. واختلف الأصحاب فى الراجح من الأوجه فالمعروف عن ابن سريج: الوجه الأول: وهو أنه لا يقع الطلاق وبه اشتهرت المسألة بالسريجية، وبه قال ابن الحداد والقفالان والشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب، والرويانى، والشيخ أبو على، والشيخ أبو إسحاق الشيرازى، والغزالى، وعن المزنى أنه قال به فى كتاب المنثور، وحكاه صاحب الإفصاح عن نص الشافعى، وأنه مذهب زيد بن ثابت. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٠، ٣٨١].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٤].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٤].

مراهق قذف رجلاً فقال المقذوف: هو بالغ، وأنكر القاذف، فإن لم تقم بينة لم يحلف المراهق أنه غير بالغ؛ لأنّا لو حكمنا بيمينه أنه غير بالغ، لحكمنا ببطلان اليمين؛ لأن اليمين من غير البالغ لا معنى لها[1].

ولو دفع إلى رجل زكوات فاستغنى بها لم يسترجع منه؛ لأن الاسترجاع منه يوجب دفعًا ثانيًا؛ لأنه يصير فقيرًا بالاسترجاع[2].

قال: إن طلقتك غدًا طلقة، فأنت طالق اليوم ثلاثًا، ثم طلق من الغد واحدة طلقت واحدة ولم تقع الثلاث[3]؛ لأنّا لو أوقعنا الثلاث بطلت الواحدة، وإذا بطلت الواحدة بطلت الثلاث، ففى إثبات الثلاث إبطالها، ووافق على ذلك ابن سريج وقال غيره: تقع الواحدة وثنتان من الثلاث كقوله: إن طلقتك واحدة فأنت طالق عشرًا وقعت واحدة وثنتان من العشرة.

* * *

الدين ضربان حال، ومؤجل

الأول: المؤجل ويحل بانقضاء الأجل، ولو اتفق المتعاقدان على إسقاط الأجل لم يسقط فى الأصح، ويحل بموت المديون بلا خلاف[4] إلا فى ثلاث صور:

الأولى: المسلم إذا لزمته الدية ولا مال له ولا عصبة تحمل عنه بيت المال، فلو مات أخذ من بيت المال مؤجلاً ولا يحل؛ لأن الدية تلازم التأجيل[5].

وصورتان على وجه:

إحداهما: إذا لزمت الدية فى الخطأ وشبه العمد الجانى، كما لو اعترف وأنكرت العاقلة، فإنها تؤخذ من الجانى مؤجلة، فلو مات هل تحل الدية حتى يؤخذ من تركته حينئذ؟ وجهان، أصحهما: نعم، والثانى: لا تحل[6] بموته؛ لأن الدية يلازمها الأجل، ولا

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٤].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٨٤].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٦٢/٨، ١٦٥].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٢٩].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٢٩].

(٦) اقتصر عليه السيوطى فى الأشباه والنظائر. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٢٩]، وذكر فى الروضة الوجهان، انظر: روضة الطالبين [٣٥٧/٩].

يجرى مثل ذلك فيما إذا مات بعض العاقلة فى أثناء الحول حيث كانت الدية تؤخذ منهم، فإنه يسقط عمن مات ولا يأتى الوجهان[(١)] حينئذ.

الثانية: ضمن دينًا مؤجلاً ومات الضامن لا يحل عليه الدين فى وجه والأصح خلافه[(٢)].

ولو مات الأصيل حل عليه الدين، ولم يحل على الضامن على الصحيح[(٣)].

وهاهنا غريبتان أيضًا:

إحداهما: أن الديون لا تحل بموت صاحب الدين بلا خلاف، إلا فى مسألة واحدة على وجه، وهى ما لو خلع زوجته على طعام فى ذمتها ووصفه بصفات السلم، وأذن لها أن تدفعه لولده منها، أو خالعها على الإرضاع مدة معينة، ثم مات المخالع المذكور، فإن فيه وجهًا بحلول ذلك بموته؛ لأن الخلع على ما ذكر إنما كان من أجل الصغير، وقد سقط حقه عن أبيه بالموت فليسقط الأجل حينئذ[(٤)].

الثانية: لو مات الصبى نفسه ففى حل ما ذكر بموت الصبى، وجهان، أصحهما: لا يحل، هذا ما يتعلق بالموت[(٥)].

وأما الفلس فلا تحل به الديون على الأظهر[(٦)]، ولا بالجنون على الأصح وما وقع فى الروضة خلافه مردود[(٧)]، ولا تحل الديون بالسفه ولا بالرق، كما لو استرق الحربى فى الأصح.

الضرب الثاني: الحال لا يؤجل وقد سبق فى حرف الحاء.

فائدة:

ليس فى الشريعة دين لا يكون إلا مؤجلاً إلا الكتابة والدية[(٨)]، وليس فيها دين لا

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٩/٣٥٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٢٩].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٠].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٣٠].

(٥) والثانى: أنه يحل بموت الصبى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٠].

(٦) قال فى الروضة: هو المشهور؛ لأن الأصل حق مقصود له فلا يفوت، والثانى: يحل كالموت. انظر: روضة الطالبين [٤/١٢٨].

(٧) فقال: لو جنى وعليه مؤجل حل على المشهور. انظر: روضة الطالبين [٤/١٢٩].

(٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٢٩].

يكون إلا حالاً إلا فى القراض، ورأس مال المسلم، وعقد الصرف، والربا فى الذمة، وكل مقابلة بإتلاف قهرى إلا دية الخطأ، وشبه العمد، والأجرة فى إجارة الذمة، وفرض القاضى مهر المثل على الممتنع فى المفوضة، وعقد كل نائب أو ولى لم يؤذن له فى التأجيل لفظًا أو شرعًا(١).

الدين لا يمنع وجوب زكاة المال(٢) وكذا زكاة الفطر على المرجح(٣) فى الشرح الصغير ويؤيده نص الإمام الشافعى، رضى الله عنه، على أن الفطرة تقدم على الديون ولا يمنع السارية فى العتق دين مستغرق فى الأظهر(٤)، ولا يمنع صحة الوصية دين مستغرق(٥) وحكى القاضى الحسين فى الأسرار فيه وجهين مخرجين مما لو أوصى بزائد على الثلث، ولا يمنع أخذ الزكاة عند الرافعى، وقال البغوى: لا يصرف إليه شىء حتى يصرفه إلى الدين.

ولو اشترى قريبه وعليه دين فقيل: لا يصح الشراء، والأصح صحته ولا يعتق بل يباع فى الدين.

أعتق فى مرضه عبدًا لا يملك غيره عتق ثلثه، فإن كان عليه دين مستغرق لن يعتق منه الشىء.

الدين هل هو مال فى الحقيقة أو هو حق مطالبة يصير مالاً فى المآل؟ فيه طريقان حكاهما المتولى فى كتاب الصلح، ووجه الأول: أنه يثبت به حكم اليسار حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم، ولا تحل له الصدقة، ووجه الثانى: أن المالية من صفات الموجود وليس هاهنا شىء موجود، قال: وإنما استنبط هذا من قول الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فمن ملك ديونًا على الناس هل تلزمه الزكاة؟ المذهب الوجوب وفى القديم قول: أنها لا تجب ويتفرع عليه فروع:

منها: هل يجوز بيع الدين من غير من عليه الدين؟ إن قلنا إنه مال جاز أو حق فلا؛ لأن الحقوق لا تقبل النقل إلى الغير(٦).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٢٩].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٢].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٩٩، ٣٠٠]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١٢/١١٢]، الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٣].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣٣].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٣١].

ومنها: أن الإبراء عن الدين إسقاط أو تمليك(١).

ومنها: حلف لا مال له وله دين حال على مليء حنث على المذهب(٢)، وكذا المؤجل أو على المعسر فى الأصح(٣).

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧١].

(٢) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١/٥٢].

(٣) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١/٥٢].

حرف الذال المعجمة

الذهب

يحرم استعماله على الرجال[(١)].

وأما فى الأوانى فيشترك النوعان فى التحريم[(٢)]، ويستثنى مواضع:

أحدها: من جُدع أنفه جاز له اتخاذ أنف من ذهب تغييرًا لقبح الوجه بفقده، وإن أمكن اتخاذه من فضة[(٣)]، وقد روى النسائى أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب فأمره رسول الله ﷺ، أن يتخذ أنفًا من ذهب[(٤)]، وقال الترمذى: حديث حسن غريب.

وفى معنى الأنف السن والأنملة[(٥)]، فإن نبت فيه العضو وتراكم عليه اللحم صار مستهلكًا فلا زكاة فيه، وإلا فحيث أمكن نزعه ففى زكاته القولان فى الحلى المباح[(٦)]، ولا يجوز لمن قطعت كفه أو أصبعه أن يتخذ بدلها من ذهب أو فضة؛ لأنها لا تعمل بخلاف الأنملة، فإنه يمكن تحريكها هذا هو المذهب وبه جزم الرافعى[(٧)]، وحكى القاضى الحسين وجهًا أنه يجوز[(٨)].

الثانى: إذا صدئ[(٩)]، قطع به فى المهذب والتنبيه وغيرهما، لعدم ظهور السرف وفى الكفاية عن البندنيجى أن أصحابنا ألحقوا به طراز الذهب إذا اتسخ وذهب حسنه، وقال

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٦٢].

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب [١/٢٥٠].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٦٢]، المجموع شرح المهذب [١/٢٥٦].

(٤) أخرجه أبو داود فى الخاتم [٤/٨٩] - ح [٤٢٣٢]، والترمذى فى اللباس [٤/٢٤٠] - ح [١٧٧٠]، وقال: حسن غريب. والنسائى فى الزينة [٨/١٤٢]، والإمام أحمد فى مسنده [٥/٣٠- ٣١] - ح [٢٠٢٩١، ٢٠٢٩٢، ٢٠٢٩٣، ٢٠٢٩٤، ٢٠٢٩٥، ٢٠٢٩٦، ٢٠٢٩٧].

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب [١/٢٥٦]، روضة الطالبين [٢/٢٦٢].

(٦) انظر: المجموع شرح المهذب [٦/٤٦].

(٧) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٦٢].

(٨) نقله عنه النووى فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين [٢/٢٦٢]، وقال فى المجموع: قطع به القاضى حسين فى تعليقه. انظر: المجموع شرح المهذب [١/٢٥٦].

(٩) قطع به الماوردى. انظر: الحاوى الكبير [٢/٤٧٩].

القاضى أبو الطيب: الذهب لا يصدأ ورد بأن منه ما يصدأ وهو ما يخالطه غيره بخلاف الخالص.

الثالث: إذا طلى الذهب بغيره بحيث لا يظهر قاله الماوردى[(١)].

الرابع: التمويه الذى لا يحصل منه شىء بالعرض على النار فى الخاتم والسيف وغيرهما؛ لأنه يستهلك وصحح النووى التحريم لعموم الحديث[(٢)].

* * *

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٢/٤٧٩].

(٢) انظر: المجموع شرح المهذب [٦/٣٨].

حرف الراء

الرخص يتعلق بها مباحث

الأول: تنقسم إلى أقسام:

أحدها: رخصة واجبة كحل الميتة للمضطر(١)، وقيل: لا يجب الأكل(٢) بل له الصبر حتى يموت وقال الكيا الطبرى، فى كتاب أحكام القرآن: الصحيح عندنا أن أكل الميتة للمضطر عزيمة لا رخصة، كالإفطار فى رمضان للمريض، انتهى، وكذلك إساغة اللقمة بالخمر إن لم يجد غيرها(٣)، وأشار الإمام إلى أن الوجه فى الميتة لا يأتى هنا لأنّا وجهناه بالتردد فى دفع الضرر، وإساغة اللقمة معلومة.

ومنه: وجوب استدامة لبس الخف إن لم يجد من الماء ما يكفيه، كما لو كان المحدث لابس الخف بشرائطه، ودخل وقت الصلاة ووجد من الماء ما يكفيه، لو مسح على الخف ولا يكفيه لو غسل رجليه، فإنه يجب عليه المسح على الخف قطعًا(٤)، كما نقله صاحب البحر فى باب التيمم؛ لأنه قادر على الطهارة من غير ضرر، ولم يقف ابن الرفعة عليه نقلاً، فذكره تفقهًا(٥) وقال: الذى يظهر وجوبه بخلاف ما لو لم يكن لابسًا ولكنه كان على طهارة وأرهقه الحدث، ومعه من الماء ما يكفيه للمسح دون الغسل، فإنه لا يجب عليه كما قال الرافعى فى التيمم لوضوح الفرق(٦).

ومنه: التيمم لفقد الماء أو للخوف من استعماله إذا جعلناه رخصة، وهو ما أورده الإمام والرافعى(٧)، والثانى: أنه عزيمة وهو ما أورده البندنيجى، والثالث: التفصيل بين التيمم لعدم الماء فعزيمة، أو للمريض، أو بعد الماء عنه، أو بيعه بأكثر من الثمن فرخصة،

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].

(٢) قال فى الروضة: وقيل: يباح فقط. انظر: روضة الطالبين [٣/٢٨٢].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٢٩، ٤٣٠].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٣٠].

(٦) وهو أن الأول: تفويت ما هو حاصل بخلاف الثانى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٣٠].

(٧) انظر: الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٢/٢٧٤].

وهو ما أورده الغزالى فى المستصفى، ويبنى عليه ما إذا كان يرجو الماء آخر الوقت، هل الأفضل تعجيل الصلاة بالتيمم أو التأخير؟ فعلى الأول: التأخير أفضل، وعلى الثانى: التقديم أفضل كالوضوء وإن صح هذا البناء أمكن أن يؤخذ الخلاف فى أنه رخصة، أو عزيمة من الخلاف فى التقديم أفضل أم التأخير؟ وكذلك من فوائده التيمم بالتراب المغصوب يجوز إن قلنا: عزيمة، وإن قلنا: رخصة فوجهان.

الثانى: رخصة فعلها أفضل كالقصر لمن بلغ ثلاثة أيام فصاعدًا[(١)]، وعد بعضهم منه مسح الرأس فى الوضوء أفضل من الغسل مع أنه رخصة كما قاله الماوردى، قلت: لكن صرح الشيخ أبو حامد فى تعليقه والشيخ أبو محمد فى الفروق بأنه عزيمة، نعم المسح على الجبيرة رخصة، وعد النووى منه فى كتاب الأصول والضوابط الإبراد بالظهر فى شدة الحر[(٢)].

قال الشيخ صدر الدين بن الوكيل: وهو غلط صريح، فإن فى الإبراد وجهين، أصحهما: سنة، فيستحب التأخير، والثانى: رخصة وهو على هذا، لا يستحب له الإبراد، وإذا قدم الصلاة كان أفضل فاستحباب الإبراد وكونه رخصة مما لا يجتمعان، فلا يصح جعله رخصة، وإنها مستحبة.

قلت: بل هو صحيح والوجهان متفقان على أنه رخصة لثبوته على خلاف الدليل، لعذر الحر، وإنما الوجهان فى أنه رخصة مستحبة أو مباحة، فعلى الأصح مستحبة، والتقديم خلاف الأفضل، وعلى مقابله رخصة مباحة، والتقديم أفضل.

وعبارة القاضى الحسين: الإبراد مستحب، وهل هو أفضل من التعجيل؟ وجهان، وهو يقتضى الاتفاق على استحبابه، وإنما الخلاف فى الآكد لتعارض فضيلتين أول الوقت، وتحصيل الخشوع بالتأخير.

الثالث: رخصة تركها أفضل كالمسح على الخف[(٣)]، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل، وهو قادر عليه[(٤)]، والفطر لمن لا يتضرر بالصوم[(٥)]، وعد المتولى

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].

والغزالى من هذا الجمع بين الصلاتين فى السفر للخروج من الخلاف[١]، فإن أبا حنيفة، رحمه الله، يوجب القصر[٢]، ولا يجوز الجمع إلا بعرفة والمزدلفة.

البحث الثانى:

تنقسم الرخصة إلى كاملة وهى التى لا بدل لها بعد فعلها، كالمسح على الخف، وإلى ناقصة وهى بخلافه كالفطر للمسافر، وهذا أخذته من كلام الإمام الشافعى، رضى الله عنه، فى الأم، فإنه قال: والمسح رخصة كمال، وعلى هذا فالتيمم لعدم الماء فيما لا يجب معه القضاء رخصة كاملة، وفيما يجب معه القضاء رخصة ناقصة.

الثالث: الرخص لا تناط بالمعاصى. ومن ثم العاصى بسفره لا يترخص بالفطر والقصر والجمع، ولا يأكل الميتة، ولا يمسح مدة المسافر قطعًا[٣]، ولا مدة المقيم فى الأصح[٤]، ولا تسقط عنه الجمعة بسفره، ولا يباح له التطوع راكبًا وماشيًا، لغير القبلة[٥].

ولو زال عقله بسبب محرم لم تسقط عنه الصلاة[٦].

ولو استنجى بمحترم أو بمطعوم، فالأصح لا يجزيه؛ لأن الاقتصار على الأحجار رخصة، والرخص لا تناط بالمعاصى[٧].

ولو عدم الماء لم يتيمم على وجه[٨] والأصح جوازه[٩]، لكن إذا صلى به وجب القضاء فى الأصح[١٠]، وعلى الوجه الآخر، فالفرق بينه وبين سائر الرخص أن الرخص يتخير بين فعلها وتركها، والتيمم واجب عليه.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٨٢].
(٢) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٢/٨٧].
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٨].
(٤) صحح السيوطى الجواز، وقال: لأن ذلك جائز بلا سفر. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٩].
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٨].
(٦) ويأثم إثم تارك لها. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٨].
(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٩].
(٨) نقل السيوطى اختياره عن السبكى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٨].
(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٨].
(١٠) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٨].

ولو تركه عصى، وتقديم الكفارة على الحنث رخصة وفى الحنث بمعصيته وجهان[١]؛ لأن الرخص لا تناط بالمعاصى، وقد توسع الاصطخرى فى طرد هذا الأصل فى المقيم العاصى، وقال: لا يستبيح شيئًا من الرخص كالمسافر.

وذهب عامة أصحابنا إلى أنه يستبيحها، ويخالف المسافر فإن الإقامة نفسها، ليست معصية؛ لأنها كف، وإنما الفعل الذى يوقعه فى الإقامة معصية، والسفر فى نفسه معصية.

قال الإمام: وهذه القاعدة أعنى أن المعاصى، إنما تنافى الرخص، إذا كانت المعصية بسبب الترخص، كالعبد الآبق، لا يترخص برخص المسافر، أما إذا لم تكن المعصية بسبب الرخصة فلا، فمن سافر وعصى فى سفره كان له الترخص؛ لأنه عاص فى سفره لا بسفره، ثم استشكل على هذا ما لو جن المرتد، ثم أفاق وأسلم لزمه قضاء الفائتة زمن جنونه، مع أن سقوط القضاء عن المجنون تخفيفًا، والمرتد ليس من أهل التخفيف[٢]، وحينئذ فالجنون لا معصية فيه، فكان ينبغى إسقاط القضاء.

وقد استثنى من هذه القاعدة صور:

منها: لو شربت دواء فأسقطت وصارت نفساء، لا تقضى الصلاة أيام نفاسها، وإن كانت عاصية فى الأصح، إلا أن يدعى أن سقوط الصلاة عن النفساء عزيمة[٣].

ومنها: جواز الاستنجاء بقطعة ذهب أو حرير يجوز فى الأصح[٤].

ومنها: صحة المسح على الخف المغصوب والمسروق على الأصح[٥]، والفرق بينه وبين ما سبق أن المسافر العاصى لا يستبيح المسح؛ لأن المعصية هنا لا تختص باللبس، ولهذا لو ترك لبسه لم يترك المعصية وهناك المعصية بالسفر.

ومنها: إذا صب الماء بعد الوقت لغير غرض وتيمم، فقيل: تجب الإعادة لعصيانه، والأصح لا؛ لأنه فاقد[٦].

---

(١) والصحيح عند الأكثرين: أنه يجوز. انظر: روضة الطالبين [١١/١٧].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٠].

(٣) كذا ذكره السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٤٠].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٩].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٩].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٠].

ومنها: صحة التيمم بتراب مغصوب، كما جزم به النووى فى شرح المهذب مع أن التيمم رخصة على رأى[١].

ومنها: جلد الآدمى إذا حكمنا بنجاسته بالموت، قيل: لا يطهر بالدباغ؛ لأن استعماله معصية، والرخص لا تناط بالمعاصى، والأصح يطهر كغيره وتحريمه ليس لعينه، بل للامتهان على أى وجه كان؛ ولأنه يحرم استعماله وإن قلنا بطهارته[٢].

تنبيه:

معنى قول الأئمة أن الرخص لا تناط بالمعاصى، أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر فى ذلك الشيء، فإن كان تعاطيه فى نفسه حرامًا امتنع معه فعل الرخصة، وإلا فلا[٣].

مثال الأول: السفر الموصوف بالمعصية، كإباق العبد من سيده، والأجير عينه من مستأجره، والمرأة من زوجها، لما كانت رخصة القصر والفطر متوقفة على وجود السفر، اشترط فى إباحة فعلها أن لا يكون السفر فى نفسه معصية، وكذلك الاستنجاء بغير الماء رخصة، ولما توقف على استعمال جامد، اشترط فى الجامد كون استعماله مباحًا فيمتنع بما استعماله معصية[٤].

ومثال الثانى: ما إذا غصب المسافر فى سفر مباح ثوبًا وصلى فيه، فإنه لا يمتنع عليه عدم الترخيص، لما كان قصر الصلاة لا يتوقف على هذا الثوب والمعصية لا تختص بالصلاة[٥].

الرابع: تعاطى سبب الترخص لقصد الترخص، لا يبيح، كما إذا سلك الطريق الأبعد لغرض القصر لم يقصر فى الأصح[٦]، وكما لو سلك الطريق القصير، ومشى يمينًا وشمالاً حتى بلغت المرحلة مرحلتين.

وقريب من ذلك ما لو دخل المسجد فى أوقات الكراهة لقصد صلاة التحية لا يصح[٧].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٣٩].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٠].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٠].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٠].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٠].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٧].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٧].

ومثله، لو أحرم مع الإمام، فلما قام إلى الثانية نوى مفارقته، واقتدى بإمام آخر قد ركع فيحتمل أن لا تصح القدوة، إذا فعل ذلك لقصد إسقاك الفاتحة، وإن اقتدى به لغرض آخر صح، وسقطت عنه القراءة، وليس هذا كمن سافر لقصد القصر والفطر فى رمضان، فإن هذا قاصد أصل السفر، وهذا كالقاصد فى أثناء السفر(١)، وإنما نظيره أن يقصد بأصل الاقتداء سجود السهو وتحمل الفاتحة فإنه يستبيح ذلك(٢)، وقالوا: لو نذر صوم الدهر فأفطر يومًا، فلا سبيل إلى قضائه، وأخذ الرافعى من كلام الإمام أنه إذا سافر يقضى ما يفطر به متعديًا، قال: وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضى.

قلت: وقياس مسألة القصر، أنه إذا سافر لقصد الترخص بترك المنذور، أنه لا يستبيح تركه، وقريب من هذا ما لو حلف ليطأن زوجته فى نهار رمضان، فقال النووى، وابن الصلاح: الجواب فيها ما قاله أبو حنيفة، رحمه الله، لسائل سأله عن ذلك أنه يسافر.

الخامس: متى قارنها المنع لا تحصل بدون قصد لها لتتميز، ويتضح بصور:

منها: لو أخر المسافر الظهر إلى العصر بنية الجمع كان له الجمع، ولو أخرها عامدًا غير قاصد للترخص، ولم ينو الجمع لم يجز له، ولو فعل كان عاصيًا.

ومنها: أن أصحاب الأعذار من مرض وسفر ونحوه، إنما يباح لهم الفطر بشرط نية الترخص، كما قاله المتولى، فقال: لو جامع المريض أو المسافر من غير أن يقصد نية الترخص عصى، وكلام الرافعى يوافقه حيث قال: إن قصد به الترخص لم تلزمه الكفارة، يعنى بلا خلاف(٣)، وإن لم يقصده فوجهان(٤)، وكان بعض الفقهاء، يستشكل ذلك؛ لأن الخروج من العبادة من باب التروك، لا يفتقر إلى نية، ولهذا لا تجب نية الخروج من الصلاة على الصحيح، وقد قالوا: للمنفرد الخروج من الفرض ليفعله فى جماعة فلم يلزموه نية الخروج، وقد صرح القفال فى فتاويه: بأن المسافر إذا شرع فى صوم رمضان جاز له الفطر، ولا يستدعى الفطر نية، بخلاف إتمام الصلاة.

السادس: التزام إبطال الرخصة ممنوع على الأصح، وقد قال ﷺ: «إن الله تصدق

---

(١) نقله السيوطى عن الزركشى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٧].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤٧].
(٣) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٧٥].
(٤) والأصح: أنه لا كفارة عليه. انظر: روضة الطالبين [٢/٣٧٥].

عليكم بصدقة فاقبلوا صدقته»[1]، فإذا نذر صلاة النفل قائمًا، أو أن يصوم فى السفر، أو إتمام الصلاة فيه أو غسل الرجل، ولا يمسح الخف، أو استيعاب الرأس بالمسح، أو التثليث فى الطهارة ونحوه لم ينعقد، وقال القاضى الحسين، والبغوى: ينعقد؛ لأنه أفضل لكثرة المشقة، قال القاضى: ولو نذر خصلة من خصال الكفارة المخيرة لم تتعين لما فيه من تغيير الشرع.

السابع: رخص السفر أقسام:

أحدهما: ما يختص بالطويل قطعًا وهى ثلاثة: الفطر، والقصر، والمسح[2]، نعم لو اجتمع الخوف مع قليل السفر ففى القصر قولان حكاهما ابن القاص؛ لأن الخوف إذا انضم إليه ألحقه بالطويل، وتوقف السنجى فى ثبوتهما وقطع بالمنع؛ لأن ما لا يباح فى القصير لا يباح مع الخوف منه، كالفطر والمسح أكثر من يوم وليلة.

الثانى: ما لا يختص بالطويل قطعًا، وهو شيئان أكل الميتة وترك الجمعة[3].

الثالث: ما فيه قولان، والأصح عدم اختصاصه وهو شيئان؛ إسقاط الفروض بالتيمم والتنفل على الراحلة[4].

واستدرك بعضهم ثالثة، وهى ما إذا كان له نسوة، وأراد السفر فأقرع بينهن وأخذ من خرجت لها القرعة، لا يلزمه القضاء لضراتها، إذا رجع، لا يختص ذلك بالسفر الطويل فى الأصح[5]، خلافًا للغزالى.

الرابع: ما فيه قولان، والأصح اختصاصه بالطويل وهو الجمع بين الصلاتين[6]، واعلم أن عد أكل الميتة والتيمم من رخص السفر فيه تجوز، فإنه لا يختص بنفس السفر إذ يجوز التيمم للمريض والجريح مع الإقامة، ويجوز أكل الميتة فى الحضر للمضطر، وقد نازع الرافعى فى باب صلاة المسافر فى الأولى، وقال: لا تختص بالسفر[7]، وقد يقال:

---

(١) أخرجه مسلم فى صلاة المسافرين [١/٤٧٨] - ح [٤/٦٨٦].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٧٧].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٧٧].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٧٧].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٧٧].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٧٧].

(٧) انظر: روضة الطالبين [١/٤٠٢].

إنما عد رخصة إذا كان الاضطرار وفقد الماء ناشئين من السفر، والغالب فيهما أنهما ينشآن من السفر فعدوهما باعتبار الغالب.

وذكر الأصحاب: أن للغانمين التبسط فى الغنيمة من الطعام.

قال الإمام: ونزلوا دار الحرب فى إباحة الطعام منزلة السفر فى الترخص، فإنها وإن ثبتت بمشقة السفر فالمترفه الذى لا كلفة عليه يشارك فيها.

* * *

الردة

لا تحبط العمل عندنا بمجردها بل إذا مات عليها خلافًا لأبى حنيفة، رحمه الله، وحكى إمام الحرمين فى الشامل عن بعض الأصحاب أنها لا تحبط العمل.

وتأثيرها يظهر فى تخفيف العذاب عنه، وأول قوله تعالى: ﴿**ليحبطن عملك**﴾، أى مقصودك من عملك، فإن المقصود منه كان دخول الجنة لا تخفيف العذاب.

وقال فى الأساليب: الحج عندنا لا يحبط فى حق من مات مرتدًا ويعلم ذلك بقولنا: إن الكفار مخاطبون بالفروع، ولو لم نقطع بذلك فى المأمورات قطعنا به فى المنهيات، فلا شك أن الكافر الذى قتل الأنبياء، وهتك الحرمات وسفك الدماء، أشد عقابًا من مترهب متعلق بقلة[(١)] جبل لا ينفع المسلمين، ولا يضرهم فنقول بناء على هذا: إذا حج مسلمًا، ثم ارتد ومات مرتدًا فحجه ثابت، ويفيده الحج التحصين من العقوبة، ولو لم يحج لعوقب على ترك الحج، ولكنه لا يفيد ثوابًا، فإن دار الثواب الجنة وهو لا يدخلها؛ لأنه كافر، هذا قولنا فيمن يموت مرتدًا، فأما إذا مات مسلمًا والحج قد مضى على الصحة، والميت من أهل الجنة والثواب غير متعذر، فلا معنى للإحباط فى حقه أصلاً.

وقال الرافعى فى باب الزنى: إذا ارتد الشخص الزانى لا يبطل إحصانه حتى لو زنى فى الردة أو بعد الإسلام فعليه الرجم[(٢)]، خلافًا لأبى حنيفة[(٣)].

وقال الأصحاب: لو تطهر، ثم ارتد لا تبطل طهارته بخلاف ما لو تيمم، ثم ارتد؛

---

(١) القلة فى اللغة: بالضم، أعلى الرأس، والسنام، والجبل، والجماعة. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادى [٣٩/٤، ٤٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٩٠/١٠].

(٣) انظر: الهداية للمرغينانى [١، ٣٨٥/٢، ٣٨٦].

لأن التيمم إباحة وبالردة خرج عن أن يكون من أهل الإباحة[١].

وقالوا: لو ارتد فى خلال أذانه، ثم أسلم كان له البناء على الأصح، إذا لم يطل الفصل[٢]، فإن طال بطل[٣]، وكان ينبغى جريان هذا التفصيل فى الحج بل أولى؛ لأنه شديد الإلزام لكنهم أبطلوه طال زمن الردة أو قصر.

* * *

الرشوة

أخذ المال ليحق به الباطل أو يبطل الحق، فأما إذا كان مظلومًا فبذل لمن يتوسط له عند السلطان فى خلاصه وستره، فليس ذلك بإرشاء حرام بل جعالة مباحة، حكاه القاضى الحسين فى باب الربا من تعليقه عن القفال، ونقله النووى فى فتاويه مقتصرًا عليه، لكن فى المنهاج للحليمى لا يحل لأحد أن يأخذ من أحد مالاً على دفع ظلم عنه أو على رد مالٍ له فى يده، وإن جاز للمظلوم وصاحب المال إذا علم أنه لا يندفع الظلم عنه، أو لا يصل إلى ماله إلا بشىء يرضخه أو يعطيه، وهذا كالأسير أو المحبوس بغير حق إذا لم يطلق إلا بشىء فله إعطائه، ويحرم على الآخذ الأخذ.

* * *

الرضا بالشىء رضا بما يتولد منه[٤]

منها: رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه، فإن زاد العيب فلا خيار على الصحيح[٥].

ومنها: ادعت المنكوحة برضاها حيث يعتبر إذنها أن بينها وبين الزوج محرمية لم يقبل؛ لأن رضاها بالنكاح يتضمن اعترافها بحكمه، فلا يقبل منها إلا إذا ذكرت عذرًا كنسيان ونحوه[٦].

ومنها: علمت بإعساره بالمهر وأمسكت عن المحاكمة بعد طلب المهر، كان رضاء

---

(١) وهو الصحيح، والثانى: يبطلان، والثالث: لا يبطلان. انظر: روضة الطالبين [١/٤٧].

(٢) وهو المذهب. انظر: روضة الطالبين [١/٢٠٢].

(٣) وهو أحد قولين أو وجهين. انظر: روضة الطالبين [١/٢٠٢].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤١].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤١].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٧/٢٤٣].

بالإعسار مسقطًا للخيار، بخلاف ما إذا كان قبل الطلب لاحتمال أن التأخير لتوقع النسيان[١].

ومنها: لو ادعت بعد الدخول وهى معتبرة الإذن أنها زوجت بغير إذنها، قال البغوى: لا يقبل، قال الرافعى: كأنه نزل الدخول منزلة الرضا[٢].

ومنها: لو قال لرشيد: اقطعنى، ففعل فسرى فهدر، وفى قول: يجب الغرم[٣].

ومنها: لو أذن المرتهن للراهن فى ضرب العبد المرهون فهلك فى الضرب، فلا ضمان؛ لأنه تولد من مأذون فيه كما لو أذن فى الوطء فأحبل[٤].

* * *

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٩/٧٨، ٧٩].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٧/٢٤٥].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤١].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤١]. ملحوظة: يستثنى من هذه القاعدة: ما كان مشروطًا بسلامة العاقبة كضرب المعلم والزوج والولى وتعزير الحاكم وإخراج الجناح ونحو ذلك. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤١].

حرف الزاى

الزائل العائد كالذى لم يزل وكالذى لم يعد[1]

هذه القاعدة على أربعة أقسام:

الأول: ما هو كالذى لم يعد قطعًا.

فمنه: لو زال الملك عن العبد قبل ليلة هلال شوال، ثم تملكه بعد الغروب لا تجب عليه فطرته قطعًا[2].

ولو تغير الماء، ثم زال فإنه يعود طهورًا، فلو عاد التغير بعد زواله، فإنه يبقى على طهوريته قطعًا، فكأن التغير لم يعد هذا إذا كانت النجاسة حكمية، فإن كانت جامدة وزال التغير، ثم عاد وهى باقية فإنه يعود التنجيس[3]، هذا حاصل ما فى الكفاية وشرح المهذب[4].

ولو سمع القاضى بينة، ثم عزل قبل الحكم ثم عاد، فلابد من إعادتها قطعًا[5].

ولو فسق شهود الأصل، بطلت شهادة الفرع[6]، فإن تابوا صحت شهادتهم ولا تعود شهادة الفروع، قاله الهروى.

ولو قال: إن دخلت دار فلان ما دام فيها، فأنت طالق فتحول فلان عنها، ثم عاد إليها لا يقع الطلاق؛ لأن إدامة المقام التى انعقد عليها اليمين قد انقطعت، وهذا عود جديد وإدامته إقامة مستأنفة[7]، نقله الرافعى فى الطلاق عن البوشنجى، ولم يحك خلافه[8].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب [١/١٣٢، ١٣٣].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].

(٦) انظر: روضة الطالبين [١١/١٧٨].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].

(٨) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٨/٢١٠].

وحكى فيه أيضًا، فيما إذا قال لأبويه: إن تزوجت ما دمتما حيين فزوجته طالق فمات أحدهما، وتزوج لا يقع[١]، وجزم صاحب الكافى بعدم الحنث فى الأولى فى كتاب الأيمان أيضًا.

ولو قلع سن غيره وليست تلك السن له فلا قصاص وإن نبتت بعده[٢].

الثاني: ما هو كالذى لم يزل قطعًا.

فمنه: ما لو اشترى معيبًا، ثم باعه، ثم علم العيب فلا أرش له، فلو رد عليه بالعيب فله رده قطعًا[٣].

ومنه: لو فسق ناظر الوقف، ثم صار عدلاً، فإن كانت ولايته مشروطة فى أصل الوقف منصوصًا عليه بعينه عادت ولايته وإلا فلا، أفتى به النووى، ووافقه ابن الرفعة[٤]، وغيره وهو ظاهر، وسكت النووى عمن استحق النظر مدة الخلل، وقال ابن الرفعة: الأشبه أنه لمن يستحق النظر بعده كما فى ولاية النكاح، واستبعده بعضهم إذا لم ينص الواقف عليه، وقال: النظر للحاكم حينئذ، وفرق بينه وبين النكاح بأن الثانى: ليس له حق إلا بعد الأول بخلاف ولاية النكاح، فإن سببها القرابة، وهى موجودة مع وجود الأول، فإذا خرج الأول عن كونه أهلاً انتقل إلى الأبعد.

الثالث: ما فيه خلاف، والأصح أنه كالذى لم يزل.

فمنه: لو طلق قبل الدخول، وقد زال ملكها عنه فله نصف بدله، فلو زال وعاد تعلق بالعين فى الأصح[٥]؛ لأنه أقرب إلى حقه، وإذا طلقت المرأة عاد حقها فى الحضانة، وقال المزنى: إن كان الطلاق رجعيًا لم يعد حقها.

ولو تخمر العصير المرهون بعد القبض ارتفع حكم الرهن، فلو عاد عاد الرهن فى الأصح[٦].

---

(١) كذا نقله الرافعى عن البوشنجى، ولم يحك خلافه. انظر: روضة الطالبين [٢٠٩/٨].
(٢) أى: فلا قصاص؛ لأنها لم تكن موجودة حال الجناية. انظر: روضة الطالبين [١٩٩/٩].
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٤) كذا نقله السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].

ولو اشترى معيبًا، ثم باعه، ثم علم العيب فلا أرش له، فلو عاد إليه بإرث أو هبة أو وصية أو إقالة فله الرد فى الأصح[(١)].

ولو اشترى شيئًا ولم يدفع ثمنه وزال ملكه عنه، ثم حجر عليه وعاد إليه بالإرث فالأصح فى الشرح الصغير أن لصاحبه الرجوع، وهو قضية كلامه فى الكبير، فإنه شبهه بنظيره من الرد بالعيب، لكن الأصح فى زوائد الروضة أنه لا يرجع[(٢)]، أى لتلقى الملك من غيره كما فى الهبة، ولو عجل زكاته فشرط إجزائها كون القابض فى آخر الحول مستحقًا، فلو خرج عن الاستحقاق فى أثناء الحول، ثم عاد أجزأت فى الأصح[(٣)]، ولو فاتته صلاة فى السفر، ثم أقام ثم سافر قصرها فى الأصح[(٤)].

ولو جاوز الميقات غير محرم، ثم عاد فالأصح أنه إن عاد قبل تلبسه بنسك سقط الدم وإلا فلا دم[(٥)].

ولو فارق عرفة قبل الغروب أراق دمًا، فلو عاد فكان بها عند الغروب فلا[(٦)].

ولو اشترى عصيرًا فصار خمرًا فى يد البائع، ثم صار خلا هل يصح البيع؟، قال فى البحر فى الفروع المنثورة آخر الربا: فيه وجهان مبنيان على أنه إذا عاد خلا، هل يعود الملك الآن، أو يتبين بقاء الملك حال كونه خمرًا؟، وهما كالقولين فى الرهن، والأصح الثانى؛ لأنى لا أعلم أنه لو مات وترك خمرًا، وصارت خلا يقضى من ثمنه دين الميت، وتنفذ وصيته ونظيره أن يبيع عبدًا فأبق قبل القبض هل يبطل البيع؟ قولان، الأصح لا يبطل، وللمشترى الخيار، وعندى أنه يبطل على المذهب الصحيح؛ لأن المالية زالت بمصيرها خمرًا فيستحيل بقاء البيع، وإذا بطل البيع لا يعود من غير تجديد.

الرابع: ما فيه خلاف، والأصح أنه كالذى لم يعد.

فمنه: لو زال ملك الموهوب، ثم عاد لم يرجع الأب فى الأصح[(٧)]، والفرق بينه وبين

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].

(٢) انظر: زوائد الروضة [٤/١٥٥، ١٥٦].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].

(٥) وهو المذهب الذى قاله الجمهور. انظر: روضة الطالبين [٣/٤٢].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٣/٩٧].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].

صورة الصداق السابقة أن حق الزوج فى العين والمالية، أى البدل وحق الأب فى العين فقط، والأول آكد.

ولو اشترى عينًا وزال ملكه عنها، ثم عادت إليه بملك آخر، ثم حجز عليه بالفلس، فليس لبائعه الرجوع عليه فى الأصح[١].

ولو أعرض عن جلد ميتة أو خمر، فتحول بيد غيره لم يعد الملك فى الأصح[٢].

ولو رهن شاة، فماتت فى يد المرتهن بطل الرهن، فلو دبغ الجلد لم يعد رهنًا فى الأصح[٣]، بخلاف مسألة التخمير.

ولو جن قاض أو ذهبت أهليته لم ينفذ حكمه، فلو زالت هذه الأسباب لم تعد ولايته فى الأصح[٤].

ولو قلع سن مثغور، وجب الضمان، فلو عادت لم يسقط فى الأظهر، ومثله لو التحمت الجائفة أو نبت اللسان، فالأصح أنه لا يسقط[٥].

ومنه عود اليمين بعود الصفة، والأصح عدم العود[٦].

ولو قطع أذنه، فألصقها المجنى عليه فى حرارة الدم فالتصقت لم يسقط القصاص، وقد يحكم بطهارتها من خلاف مبنى على نجاسة العضو المبان من الآدمى[٧].

ولو هزلت المغصوبة ثم سمنت، لم يجبر فى الأصح بل يضمن النقصان[٨]، وهذه نعمة جديدة.

والضابط: أن ما كان المعلق فيه شرعيًا، إذا عاد فهو كالذى لم يزل كالمفلس إذا حجر عليه قبل إقباض الثمن، وكان قد خرج عن ملكه ثم عاد، وإن كان وضعيًا

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٦].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].
(٧) انظر: روضة الطالبين [١٩٧/٩].
(٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٧٧].

فكالذى لم يعد، كما لو علق طلاقها على الدخول، ثم أبانها ثم تزوجها فعادت، لا يقع فى الأصح.

* * *

الزيادة المتصلة

تتبع الأصل فى سائر الأبواب من الرد بالعيب والفلس وغيرهما، إلا فى الصداق، فإن الزوج، إذا طلق قبل الدخول، لا يرجع إلى النصف الزائد، إلا برضا المرأة.

والزيادة المنفصلة لا تتبع الأصل فى الكل.

وعبر الماوردى، فقال: حكم الزيادة المنفصلة أن تتبع المالك دون الملك، فرد الأصل بالعيب لا يوجب رد زيادته، والزيادة المتصلة تتبع الملك دون المالك، كما أن رد الأصل بالعيب يوجب رد زيادته المتصلة.

وفرق الأصحاب بين الصداق وغيره، بأن الطلاق إنشاء تصرف من جهة الزوج فى ملكه، فيحدث به الملك على نصف ماسماه فى العقد، ولم يمكنه الرجوع فى نصف العين؛ لأنه أكثر من نصف المسمى، فانتقل إلى البدل، وفى مسألتنا فسخ العقد لمعنى ظهر من بعد، فاستند إلى حال العقد حكمًا، وجعل كأن العقد لم يكن كالواهب يرجع فى الهبة، والبائع يرد العين بالعيب.

وقد يضاف لصورة الصداق المستثناة: العين الموهوبة للولد على وجه، وكذلك اللقطة، إذا زادت زيادة متصلة ثم ظهر مالكها، فإنه ينحصر حقه فى قيمتها على ما قاله الماوردى.

* * *

الزيادة اليسيرة

على ثمن المثل لا أثر لها، وإن كان فيها غبن ما، كما فى الوكيل بالبيع والشراء وعدل الرهن[(1)] ونحوه، إلا فى موضع واحد، وهو ما كان شرعيًا عامًا، كما فى المتيمم، إذا وجد الماء يباع بزيادة يسيرة على ثمن المثل، لا تلزمه فى الأصح[(2)]، وقيل: إن كانت

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٥٠].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٥٠].

مما يتغابن بمثلها وجب والمذهب الأول، والفرق بينه وبين غيره أن ما وضعه الشارع، وهو حق له بنى على المسامحة.

أما وجدان الواجب بأكثر من المعتاد، فينزل منزلة العدم، كما لو وجد الغاصب المثل يباع بأكثر من ثمنه، لا يكلف تحصيله فى الأصح(١).

ولو لم يكن عند الجانى إبل، وفى إبل البلدة غالب، ولكنه يباع بزائد على ثمن مثله لم يلزمه شراؤه، ويكون كالمعدوم قطعًا(٢)، ولم يجروا فيه خلاف الغصب ولا يبعد التعدية فى الموضعين.

ولو وجد المكفر الرقبة تباع بأكثر من ثمن المثل، لا يجب الشراء، بل يصوم على المذهب(٣)، ولهذا إذا كان الزاد يباع بأكثر من ثمن مثله لا يجب الحج(٤).

ولو وجد حرة بأكثر من مهر المثل له العدول إلى الأمة فى الأصح(٥).

ولو وجد المضطر طعامًا يباع بأكثر من ثمن مثله، قال البغوى: يجب الشراء، ولا ياكل الميتة، والمذهب خلافه.

* * *

الزيادة على العدد

إذا لم تكن شرطًا فى الوجوب شرعًا، لا يتأثر بفقده.

ولهذا لو شهد ثمانية على شخص بالزنى، فرجم ثم رجع أربعة عن الشهادة، لا شىء عليهم، فلو رجع منهم خمسة ضمنوا لنقصان ما بقى من العدد المشروط(٦)، لكن خالفوا هذا فيما لو ملك تسعة من الإبل وحال عليها الحول، ثم تلف قبل التمكن أربع، فإن قلنا: الوقص عفو كما الأصح فعليه شاة(٧)، وإن قلنا: الواجب سقط على الجميع

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٥٠].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٥٠].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٥٠].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٣/١٠].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٥١].

(٦) انظر: روضة الطالبين [١١/٣٠٧].

(٧) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٢٤].

فوجهان: أحدهما: كذلك، لما ذكرنا أن الزيادة لما لم تكن شرطًا فى وجود الشاة لم يسقط شيء بتلفها، والأصح أنه عليه خمسة أتساع شاة؛ لأنها متعلقة بجميع التسع، فحصة كل بعير منها تسع، فيسقط بتلف الأربع أربعة أتساع ويبقى الباقى[١].

* * *

الزرع النابت فى أرض الغير أقسام

الأول: أن يزرع تعديًا فيقلع مجانًا، وليس لعرق ظالم حق[٢]، وفى الحديث: «من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته»، نقل الترمذى عن البخارى، أنه حديث حسن.

قال: وبه قال أحمد[٣]، وإسحاق، وقال ابن المنذر: قال به أحمد ما دام الزرع فى الأرض، فإن كان حصد فإنما لهم الأجرة.

وقال الجمهور: الخبر إما منسوخ أو مؤول على أنه زرع أرضهم ببذرهم على خلاف شرطهم، فالزرع لهم، وعليهم أجرة مثل عمله، وقال الطحاوى فى مشكل الآثار: لا نعلم أحدًا قال بهذا الحديث، إلا شريك بن عبد الله النخعى، وهو قول حسن لهذا الحديث.

ووقع فى الفتاوى: أرض تؤجر وقت الزراعة بعشرين الفدان، وإذا أوجرت بأجرة مؤجلة إلى المَغَلّ أوجرت بأربعين، فغصبها غاصب وزرعها، ولم يطالبه صاحبها إلى أوان المغل، والواقع فى الأرض أن الزرع يبطل منفعتها فلا يتأتى اعتبار كل مدة فى نحوها.

وأجرة المثل، إنما تكون حالة، فهل يضمن العشرين فقط؛ لأنها وجبت عليه وقت زراعته حالة؟.

وأجاب بعضهم بأن هنا ضمانين:

أحدهما ضمان جنايته بإبطاله منفعة الأرض بزرعه، فيضمنه بقيمة تلك المنفعة حالاً، وثبتت فى ذمته سواء طلب أم لا.

والثانى: ضمان أجرة بقاء الأرض فى يده إما لاستمرار زرعه فيها أو لغيره، وهذا

(١) انظر: روضة الطالبين [٢/٢٢٤].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٥/٤٦، ٤٧].

(٣) انظر: المغنى لابن قدامة [٥/٣٧٩، ٣٨٠].

يجب شيئًا فشيئًا، فأى وقت حضر المالك له مطالبته بالأمرين جميعًا، ضمان المنفعة الفائتة بجنايته ووقت تفويتها، وضمان أجرة مثل المدة التى أقامت فى يده.

الثانى: زرعها بعقد فاسد وقد سبقت.

الثالث: أن ينبت بغير اختياره، كما لو حمل السيل بذرًا إلى أرض الغير فنبت لصاحب البذر، فيجب رده إن كان له قيمة، فإن لم يكن كحبة أو نواة، فهل النابت لمالك الأرض أو لصاحب الحب؟ وجهان أصحهما الثانى.

والأصح أنه يجبر على قلعه إذ لا تسليط من جهة المالك.

الرابع: أن يؤذن له فى شىء فزرع ما ضرره أعظم منه، كما لو استأجر لزراعة حنطة فزرع القطن، فللمالك القطع مجانًا(١)، فإن مضت مدة لمثلها أجرة(٢)، ففى المطلب إن قلنا: فى نظيره من الأجرة تجب أجرة المثل فكذا هنا، وإن قلنا: يستحق ما زاد على المسمى من أجرة المثل فهنا تردد.

الخامس: أن يزرع المأذون فيه ببذره، فالزرع له إلا أن يكون فلاحًا يزرع بالمقاسمة بينه وبين صاحب الأرض كعادة الشام، فإن الزرع يكون فى حكم المقاسمة على ما عليه عمل أهل الشام، وأجازه بعض المتأخرين، قال: ووجهه من وجهة الفقه: أن الفلاح كأنه خرج عن البذر لصاحب الأرض بالشرط المعلوم بينهما فثبتت على ذلك، وإذا عرفت هذه وتعدى شخص على أرض وغصبها وهى فى يد الفلاح، فزرعها على عادته لا نقول: الزرع للغاصب بل للمغصوب منه على حكم المقاسمة، وهذه فائدة جليلة تنفع فى الأحكام.

فائدة:

أعار أرضًا للزرع فزرع ورجع المعير، فهل له مطالبته بالقلع؟، قال ابن القطان فى

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٥/٢١٨].

(٢) قال فى الروضة: فيه الطرق فى مسألة ما إن تعدى المستأجر للحنطة فزرع الذرة ولم يتخاصما حتى انقضت المدة وحصد الذرة. فالمذهب وهو نصه فى المختصر، وبه قال أبو على الطبرى، والقاضى أبو حامد: أن المؤجر بالخيار بين أن يأخذ المسمى، وبدل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة، وقال كثيرون فى المسألة قولان: أحدهما: تعيين أجرة المثل للذرة، والثانى: تعيين المسمى وبدل النقص، وقال ابن القطان: قولان: أحدهما المسمى وبدل النقص، والثانى: التخيير. انظر: روضة الطالبين [٥/٢١٧، ٢١٨].

المطارحات: إن كان مما يؤخذ فصيلاً فى العرف فإنه يأخذه بقطعه، وإن كان مما يستحصده لم يكن له مطالبته، ويقال له: إن شئت أذنت فأعطه قيمة زرعة قائمًا، وإن امتنع المستعير كان عليه أجرة مثل الأرض إلى الحصاد[1].

* * *

(١) انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٢/٢٧١].

حرف السين المهملة

السبب يتعلق به مباحث

الأول: قيل فى حقيقته: ما يتوصل به إلى الحكم ويكون طريقًا فى ثبوته[(١)] كالنصاب فى الزكاة والحول شرط، فإن قيل: هلا عكس، قيل: لأن الشارع إذا رتب حكمًا عقب أوصاف، فإن كانت كلها مناسبة فالجميع علة، كالقتل العمد العدوان، وإن ناسب البعض فى ذاته دون البعض، فالمناسب فى ذاته سبب والمناسب فى غيره شرط، فالنصاب يشتمل على الغنى ونعمة المالك فى نفسه، والحول مكمل لنعمة الملك، فالتمكين بالتنمية فى جميع الحول فهو شرط له، وقد يطلقه الفقهاء فى الجنايات فى مقابلة المباشرة.

وقال الغزالى: كل ما يحصل الهلاك معه فإما أن يحصل به، فيكون علته كالتردية فى البئر، أو يحصل عنده لعلة أخرى، لكن لولاه لم تؤثر العلة، كحفر البئر مع التردية فهو سبب، وإما أن يحصل معه وفاقا، ولا يقف العمل على وجوده، فلا عبرة به، كما إذا ضربه ضربة خفيفة فمات، فهذا لا يجعل سببًا، بل هو موافقة قدر.

الثانى: ينقسم السبب إلى قولى وفعلى.

فالقولى كالتحرم بالصلاة، ونية الإحرام بالحج وغيره، والبيع، والهبة، والإجارة، وسائر العقود والتلفظ بالطلاق، والعتق، والظهار، والرجعة.

والفعلى كالاصطياد، والاحتطاب، والإحياء، وقتل الحربى، والزنى، والسرقة، والقتل المحرم، والوطء المقرر لكمال المهر ونحوه.

فالأول: هل يثبت حكمه مع آخر جزء من الصيغة أم بتمامها؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى بالنسبة للبيع والعتق ونحوه، وحكى الرويانى فى تكبيرة الإحرام أنه، هل يدخل فى الصلاة بأول التكبير، أو بالفراغ يتبين أنه دخل من أوله؟ وجهان يبنى عليهما ما لو رأى المتيمم الماء قبل الفراغ من التكبير، وعلى قياسه ينبغى أن يجرى فى البيع وجه بانتقال الملك بأول لفظ القبول، وعلى هذا تحصل ثلاثة أوجه.

وقال ابن عبد السلام: المختار عند الأشعرية والحذاق من أصحاب الشافعى، رحمه

---

(١) قال الإمام الجوينى: السبب هو الوَصْلة، وهو ما يتوصل به إلى المقصود. انظر: الكافية فى الجدل للجوينى [ص/٦٣].

الله: أن هذه الأحكام تقترن بآخر حرف من حروف أسبابها، فتقترن الحرية بالراء، من أنت حر، والطلاق بالقاف، من أنتِ طالق، قال: وهو يطرد في جميع ألفاظ الأمر والنهي، فإذا قال: أقعد كان أمرًا مع الدال وكذلك لا تقعد.

وقال الرافعي في كتاب الكفارة: اختلف الأصحاب في أن الطلاق والعتق وسائر الألفاظ هل يثبت حكمها مع الجزء الأخير من اللفظ، أم عقب تمام أجزائه على الاتصال؟ وجهان، والأكثرون على الثاني، انتهى.

والثاني: وهو الفعلي ففيه الخلاف السابق أيضًا.

وقد ذكر الرافعي فيما لو ارتضع الصبي خمس رضعات حتى يحصل التحريم بانفساخ النكاح، هل يثبت ذلك مع الرضعة الخامسة أو عقبها؟ فيه وجهان، وبقي قسم ثالث يتقدم الحكم فيه على سببه كالدية، فأنّا نقدر دخولها في ملك القتيل قبيل آخر جزء من حياته وإلا لم تورث عنه، ولم تنفذ فيها وصاياه وديونه.

وهذا كله فيما يمتد زمانه.

فأما إذا كان السبب المعلق عليه له أول وآخر وحقيقة تتم بآخره، كالحيض يوجب الغسل بخروجه أو بانقطاعه، أو بالمجموع فيجب بخروجه ولا يتحقق إلا عند انقطاعه؟ ثلاثة أوجه، أصحها الثالث، كذا قاله الرافعي، وصحح النووي في شرح المهذب الثاني، وزاد وجهًا رابعًا وهو بالقيام إلى الصلاة، وقد استشكل الثاني مع الثالث، فإنه هو هو، فإن القائل بالخروج يسلم أنه لا يصح إلا عند الانقطاع، وجوابه أن الانقطاع شرط في الثاني وشطر في الثالث.

ونظيره الخلاف في كفارة اليمين، هل سببها الحنث واليمين جميعًا أو سببها اليمين، والحنث شرط، أو سببها الحنث وحده؟ وتظهر فائدة الخلاف في صورتين:

إحداهما: إذا استشهدت الحائض، فإن قلنا: لا يجب بالخروج فلا تغسل، وإلا فوجهان(١).

الثانية: إذا قلنا: الحائض لا تمنع القراءة(٢) فأجنبت، فإن قلنا: غسل الحيض لا يجب بالخروج اغتسلت عن الجنابة وإلا فلا.

---

(١) قال في زوائد الروضة: حكاهما صاحب البحر بناء على أن غسل الحائض يتعلق برؤية الدم أم بانقطاعه أم بهما؟ ثم قال: إن قلنا برؤيته فكالجنب. انظر: روضة الطالبين [٢/١٢٠].

(٢) ذكره في الروضة، وقال: أثبت جماعة من المحققين قولاً قديمًا: أنها لا تحرم. انظر: روضة الطالبين [١/٨٦].

الثالث: هل يجب التعرض له في الإخبارات والإنشاءات.

الأصل أن ما لزم على كل تقدير لا يحتاج إلى التعرض لسببه، وما اختلف أمره فلابد من بيانه.

ولهذا يجب ذكر سبب الجرح دون التعديل على الأصح[(١)]، ولزم بيان السبب في الإخبار بالنجاسة، لاحتمال أن يظن أن ما ليس بنجس نجسًا[(٢)] والشهادة بالردة[(٣)] ملحقة بالجرح عند المحققين فلا يقبل خلافًا لترجيح الرافعي[(٤)].

ولابد من التفصيل؛ لأنه قد يعتقد ما ليس بكفر كفرًا، وكذلك لو ادعى أنه قتل مورثه فيذكر أنه انفرد به أو شورك، وأنه عمد، أو خطأ، أو شبه عمد.

قال الدبيلي في أدب القضاء: لو شهدوا أن هذه المرأة مطلقة ثلاث تطليقات، لم يسمع حتى يذكروا لفظ الزوج بالطلاق[(٥)] لجواز أن يكون قال لها: يا بائنة، أو حلال الله عليّ حرام ونحوه من الكنايات وكان عندهم أن ذلك طلاق.

ولو شهدا أنه ضربه بالسيف فأوضح رأسه جزم الجمهور بالقبول، وقال القاضي الحسين: لابد من التعرض لإيضاح العظم؛ لأن الإيضاح ليس مخصصًا بذلك[(٦)].

ولو شهدا بدين أو ملك يثبت الدين[(٧)]، والملك، وإن لم يذكرا[(٨)] سببًا، قال ابن عبد السلام: وهو في غاية الإشكال لاختلاف العلماء في الأسباب المثبتة للدين والملك.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١٧٢/١١، ١٧٣].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٣].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٣].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١٧٢/١١، ١٧٣].

(٥) كذا ذكره السيوطي، وقال: لأنه يختلف الحال بالصريح والكناية، والتنجيز ،والتعليق كذا قاله في الأنوار. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٩٥].

(٦) كذا نقله السيوطي عن القاضي حسين، ثم قال: وتبعه عليه الإمام، ثم تردد فيما إذا كان الشاهد فقيها وعلم الحاكم أنه لا يطلق لفظ الموضحة إلا على ما يوضح العظم. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٤].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٥].

(٨) وقال السيوطي: والراجح أنها لا تسمع إلا ببيان السبب، وقيل: لا يحتاج إليه، وقيل: إن كان الشاهدان فقيهين مرافقين لمذهب القاضي، فلا حاجة إلى بيان السبب وإلا احتيج. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤٩٤].

قلت: إنما تقبل مطلقة عند عدم المنازع، وأما عند ذكر الانتقال من مالك آخر فلابد من بيان السبب في الأصح.

ولو ادعى نكاح امرأة لا يكفيه الإطلاق؛ بل لابد من التفصيل والتعرض لشرائط النكاح[(١)] بخلاف دعوى البيع[(٢)]، ونحوه.

ومما يشترط فيه بيان السبب قطعًا لو شهد باستحقاق الشفعة لم يسمع قطعًا؛ بل لابد أن يبين سبب الاستحقاق من شركة أو جوار[(٣)].

ولو شهدا بأن هذا وارثه لم تسمع أيضًا، لاختلاف المذاهب في توريث ذوي الأرحام، ولاختلاف قدر التوريث، فلابد أن يبينا جهة الميراث من أبوة أو بنوة وغيره[(٤)]، ونظيره إذا أقر بوارث مطلقًا لم يترتب على إقراره شيء حتى يعين جهة الإرث، بخلاف ما لو قال: عليّ ألف درهم فإنه تثبت عليه المطالبة، وإن لم يبين السبب خلافًا للهروي؛ لأن الإقرار حق عليه، فيحتاط هو لنفسه[(٥)]، بخلاف الميراث فإنه حق على ورثته أو على المسلمين.

ولو شهدا أن بينهما رضاعًا محرمًا، فالأصح لا يقبل[(٦)]، وقال الرافعي: إن كان الشاهد فقيهًا موافقًا قبل وإلا فلا[(٧)]، ولا يصح التحمل بالشهادة على الشاهد حتى يسترعيه الأصل، أو يصغى إليه في مجلس حاكم أو محكم، أو يبين سببه من قرض أو إتلاف أو ثمن مبيع[(٨)]، وقيل: لا يكفي الاستناد لسبب[(٩)] ورجحه الإمام.

تنبيه: استثنوا مما يشترط فيه بيان السبب ما لو كان المطلق فقهيًا موافقًا، فلا يحتاج لبيان السبب، كما في نجاسة الماء[(١٠)] ونحوه، والقياس إلحاق بقية نظائره به، وقد قالوا:

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١٣/١٢، ١٤].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٤]، روضة الطالبين [١٣/١٢، ١٤].
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٤].
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٤].
(٥) انظر: روضة الطالبين [٣٨/٩].
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٩٤].
(٧) انظر: روضة الطالبين [٣٨/٩].
(٨) انظر: روضة الطالبين [٢٨٩/١١، ٢٩٠].
(٩) نقله في الروضة، عن الشيخ أبي حاتم القزويني. انظر: روضة الطالبين [٢٩١/١١].
(١٠) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [٣٨/٩].

ليبين شاهد الفرع عند الأداء جهة التحمل فإن لم يبين، ووثق القاضى بعلمه فلا بأس، وبحث الرافعى ذلك فى شاهدى الجرح أيضًا.

فائدة:

الاختلاف فى السبب غير مضر فى الإقرار، فإذا قال له: عندى ألف من ثمن عبد، فقال المقر له: لا، بل من دار لم يضر، ويحتمل الاختلاف فى غير السبب بخلاف الشهادة.

ولو ذكر المدعى سببًا والشهود سببًا آخر، ضر على الصحيح، فترد شهادتهم لمناقضتها الدعوى.

الرابع: ما توقف على السبب تارة بسبب واحد، وتارة بسببين، وتارة بثلاثة، فالأول: يمتنع تقديمه عليه؛ لأن السبب يستدعى وجود السبب، كزكاة المعدن، والركاز، مما لا يشترط فيه الحول لا يجوز تقديمها على الحول(١)، وكذا زكاة الثمار، ونازع الرافعى فيه، وقال: بل لها سببان: ظهور الثمرة وإدراكها، والإدراك تمامه حولان الحول(٢)، قال ابن الرفعة: وفيه نظر.

ومنه: كفارة المجامع لا تجوز قبل الوقاع فى الأصح(٣)، ودم جزاء الصيد قبل جرحه لا يجوز(٤)، والإحرام ليس سببًا للجزاء ومثله لا يجوز تقديمه على الجرح بحال، وعن أبى الطيب بن سلمة احتمال فيه تنزيلاً للعصمة منزلة أحد السببين.

ولو نذر أضحية لا يجوز ذبحها قبل وقتها قطعًا(٥)، وإذا أراد الشيخ الهِم إخراج الفدية قبل دخول شهر رمضان لم يجز(٦)، وإن أخرجها بعد طلوع الفجر من يوم شهر رمضان أجزأه عن ذلك اليوم، وإن أداها قبل الفجر، ففيه احتمالان لوالد الرويانى، قال فى الروضة: وقطع الدارمى بالجواز وهو الصواب(٧).

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٢/٢١٤].
(٢) انظر: روضة الطالبين [٢/٢١٣].
(٣) انظر: روضة الطالبين [٢/٢١٤].
(٤) انظر: روضة الطالبين [٢/٢١٤].
(٥) انظر: روضة الطالبين [٢/٢١٤].
(٦) انظر: روضة الطالبين [٢/٢١٤].
(٧) نقله النووى فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين [٢/٣٨٥].

قال الشيخ أبو حامد: ولا يجوز التقديم في السبب الواحد، إلا في مسألة واحدة، وهي إذا اضطر المحرم إلى صيد فقدم الجزاء، فإن الشافعي، رحمه الله، جوزه، قال: وكأنه جعل الإحرام أحد سببيه فلذلك جوزه وفيه نظر؛ لأنه لو كان كذلك لجوزه قبل الجرح، إذا لم يضطر إليه وهو لا يجوز على أن الرافعي حكى هذا وجهًا عن رواية ابن كج، وجعل المذهب جواز تقديمه بعد الجرح لوجود سبب القتل وامتناعه قبله سواء قتله مضطرًا أو مختارًا؛ لأنه لم يوجد شيء من أسبابه(١)، وقيل: يجوز لوجود الإحرام، نعم الذي ينبغي استثناؤه ما لو احتاج المحرم للبس لحر أو برد أو إلى الطيب والحلق لمرض، فقدم الفدية عليه جاز في الأصح، إذا لم يجعل الإحرام سببًا، وكان الفرق بينه وبين صورة الصيد، أن الاضطرار بصيال الصيد عليه مظنون لجواز انصرافه عنه.

والثاني: أن يجب بسببين يختصان به، فيجوز بعد وجود أحدهما، تقديمه على الآخر، إذا كان ماليًا، فخرج بالمالي البدني، فإنه إما مؤقت كالصلاة فلا يتقدم وقته، وجمع التقديم ليس يتقدم على الوقت، بل هو الوقت في تلك الحالة، ولهذا يقع أداء، وكذلك التأذين للصبح قبل الفجر، والصبي إذا بلغ في أثناء الوقت بعد ما صلى يجزئه وليس تقديمًا، ومثله الفقير يحج قبل الاستطاعة.

وأما غير مؤقت كالصيام في الكفارات، فالصحيح أنه لا يجوز تقديمه على سببه(٢)، وقيل: يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث(٣)، وقولنا: يختصان به، احتراز من الإسلام والحرية، فإنهما لا يختصان به، كما لا يجب به كزكاة الفطر، ليس للإسلام والحرية فيها خصوصية بل الزكاة كذلك، والأصل في جواز تقديم هذا النوع كفارة اليمين بعد عقد اليمين، وقبل الحنث، وقيس عليه الباقي.

ومنه: زكاة المواشي والنقدين تجب بسببين يختصان به، وهما النصاب، والحول، ويجوز التقديم بعد وجود النصاب وقبل الحول(٤)، والمعنى فيه أن الحكم له استناد إلى السبب وهو مركب وقد وجد جزؤه، والآخر في حكم الموجود، قال القاضي الحسين في باب الزكاة: وأجمعنا على أن المتعة تجب بالطلاق، ثم لو أعطى المتعة قبل الطلاق ثم طلق، فإنه يجوز ويقع عن المتعة، فكذلك الزكاة.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١١/١٨].

(٢) وهو المشهور. انظر: روضة الطالبين [١١/١٧].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١١/١٧].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٠٢].

ومنه: زكاة الفطر يجوز تعجيلها في جميع رمضان؛ لأنها وجبت بأمرين يختصان به: إدراك رمضان، والفطر، ولا يجوز قبل رمضان[(١)] للتقدم على السبب، ويجوز للحامل تقديم الفدية على الفطر، ولا تدفع إلا فدية يوم واحد[(٢)] كما لا يعجل إلا زكاة عام، نعم لو أراد تعجيل الفدية لتأخر قضاء رمضان إلى ما بعد رمضان آخر قبل مجيء ذلك الثاني، ففي صحته وجهان، قال النووي: وهو كتعجيل كفارة الحنث لمعصية[(٣)].

والثالث: أن تجب بأسباب ككفارة الظهار على قول ابن أبي هريرة: وجبت بثلاثة أسباب عقد النكاح، والظهار، والعود، ويمتنع تقديمها على الظهار والعود، وخالفه الجمهور، وقالوا: تجب بالعود، والظهار شرط، أو عكسه، أو بهما ثلاثة أوجه، فإن قلنا: بهما فلا يجوز تقديمها على الظهار، ويجوز على العود[(٤)].

ومثله، وجوب الغسل من الحيض والنفاس بأسباب ثلاثة، بالخروج، والانقطاع، والقيام إلى الصلاة، على وجه حكاه النووي في شرح المهذب[(٥)]، والمعروف أنه بسببين كما سبق.

البحث الخامس:

إذا زال السبب هل يزول مسببه إن كان من حقوق الله تعالى، لم يزل، وإلا زال غالبًا.

فمن الأول: المحرم يجب عليه إرسال الصيد المملوك له، فلو لم يرسله حتى تحلل وجب عليه إرساله في الأصح[(٦)]؛ لأنه يستحق الإرسال، فلا يرتفع هذا الاستحقاق بتعديه بالإمساك.

ومنه: لو ذبح المحرم صيدًا، وقلنا بالقديم: أنه لا يكون ميتة فيحل لغيره، وهل يحل له بعد زوال الإحرام؟، وجهان: أصحهما، لا[(٧)].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٠٢].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٠٢].
(٣) وفي الروضة: هو كتعجيل زكاة عامين. انظر: روضة الطالبين [١٩/١١].
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي [ص/٤٠٣]، روضة الطالبين [١٨/١١].
(٥) انظر: المجموع شرح المهذب [١٤٨/٢].
(٦) انظر: روضة الطالبين [١٥٠/٣].
(٧) انظر: روضة الطالبين [١٥٠/٣].

ومنه: الخمر الذى يجب إراقتها، إذا خللت بصنعة آدمى لا تسقط وجوب الإراقة، بل يدوم، نص عليه، لاستحقاق الإزالة قبل ذلك، وقياسه فيما لو حكم الحاكم بهدم الدار التى أعلاها الذمى على المسلم، فباعها من مسلم أنه لا يسقط حق الهدم(١)، لكن لو أسلم عبد لكافر، ثم أسلم السيد لا نأمره بإزالة الملك عنه لزوال المانع بالإسلام.

ومن الثاني: ما لو علم بالعيب بعد زواله(٢)، وخيار العتيقة بعد عتق زوجها(٣)، وثبوت الشفعة بعد زوال ملك الشفيع، كل ذلك يسقط الحق فى الأصح لزوال الضرر، وكان ينبغي فيما إذا لم يعلم بالعيب حتى زال أن يثبت له الرد ولا نظر إلى ما طرأ من الزوال؛ لأنه لما زال فى ملك المشترى كان نعمة حدثت فى ملكه، والخلاف الحاصل بالعيب: قد قابله جزء من الثمن؛ لأنه إنما بذل الثمن فى مقابلة سليم، ولم يحصل، وقطعوا فى عيوب النكاح بنفى الخيار إذا زالت قبل الفسخ، وأجروا خلافًا فى عيوب البيع.

ومنه: لو حفر بئرًا فى أرض غيره تعديًا ضمن ما وقع فيها(٤)، إلا أن ينقطع العدوان بأن اشتراها من مالكها أو رضى المالك بإبقائها على الأصح(٥)، أو لم يمنعه من الطم(٦) عند المتولى خلافًا للإمام، ولا يرتفع عنه الضمان بإبراء الملك على الأصح.

ولو حفرها فى الطريق لمصلحة عامة، فلابد من إذن الإمام، فلو لم يأذن ثم أقره الإمام على ذلك، ينزل منزلة الحفر ابتداء حتى لا يضمن بالواقع(٧) فيها، ذكره الشيخ أبو حامد فى تعليقه، ومثله ما إذا حفرها لمصلحة نفسه، ثم أذن الإمام(٨) ولا فرق.

* * *

---

(١) نقله الشيخ الخطيب الشربينى، عن ابن الرفعة فى حواشى كفايته، وقال: إن فيه تخريج الوجهين، فيما إذا باع المستعير ما بناه على الأرض المستعارة بعد رجوع المعير. انظر: مغنى المحتاج للخطيب الشربينى [٤/٢٥٥].
(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٩١].
(٣) انظر: روضة الطالبين [٧/١٩١].
(٤) انظر: روضة الطالبين [٩/٣١٧].
(٥) انظر: روضة الطالبين [٩/٣١٧].
(٦) انظر: روضة الطالبين [٩/٣١٧].
(٧) انظر: روضة الطالبين [٩/٣١٨].
(٨) انظر: روضة الطالبين [٩/٣١٨].

السراية

حقيقتها النفوذ فى المضاف إليه، ثم تسرى إلى باقيه، كما فى العتق بالاتفاق، وكذا فى الطلاق على الأصح، وقيل: إنه من باب التعبير بالبعض عن الكل وأيد الرافعى الأول، بأنه لو أضاف الطلاق إلى عضو مبان منها لا يقع(١)، ولو كان بطريق التعبير بالبعض عن الكل لم يفرق بين البائن، والمتصل، وقد يقال فى جوابه: المراد بالتعبير بالجزء عن الكل بجزئها الحقيقى.

وهذا ليس كذلك بدليل عدم نقض الوضوء به.

فإن قلت: إنه جزؤها مجازًا باعتبار ما كان، بدليل تحريم النظر لعضوها المبان.

قيل: كان الأصل التحريم فى أعضائها، فاستصحب التحريم، وأما فى الطلاق فالأصل العصمة، ولا ينشأ عدمها بمجاز ضعيف، ومما يؤيده، أن البغوى قال: لو أبين شعر الأمة، ثم عتقت لم يكن عورة، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل، وكذلك الطلاق، لا يقع على المنفصل، وقد يسرى الرق فيما إذا اختار الإمام رق بعض أسير للمصلحة، فإنه يجوز فى الأصح، فإن منعنا سرى الرق لباقيه(٢)، قال الرافعى: وكان يجوز أن يقال: لا يرق شيء(٣). ولو عفى عن بعض القصاص سقط كله(٤).

ومثله، لو عفى عن بعض المأخوذ بالشفعة كلها، ولا يتبعض لما فيه من إبقاء الضرر(٥)، ثم قال الأصحاب: ما قبل التعليق من التصرفات صح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف، كالعتاق والطلاق، وما لا فلا، كالنكاح والرجعة(٦).

قال الإمام: إلا فى مسألة واحدة، وهى الإيلاء، فإنه يقبل التعليق، ولا تصح إضافته إلى بعض المحل، إلا فى الفرج(٧)، وفى الحقيقة لا يستدرك؛ لأن مرادهم صحة الإضافة إلى البعض فى الجملة، لا فى جميع آحاده، والإيلاء يضاف إلى بعض خاص، واستدرك

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٦٦/٨].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٦١]، روضة الطالبين [٢٥١/١٠].
(٣) انظر: روضة الطالبين [٢٥١/١٠].
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٦١].
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٦١].
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٧٨].
(٧) نقله السيوطى فى الأشباه والنظائر. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٧٨].

القاضى البارزى الوصية، فإنه يصح تعليقها، ولا يصح أن تضاف إلى بعض المحل[١]، ذكره فى التمييز ويستدرك عليها صور:

منها: أن تعليق الفسخ لا يجوز[٢]، فإذا اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبًا، وقلنا: لا يجوز إفراد المعيب بالرد، فلو رده كان ردًا لهما على وجه[٣].

ومنها: الكفالة، لا يصح تعليقها[٤]، ويصح أن تضاف إلى بعض المحل على خلاف فيها[٥].

ومنها: التدبير يصح تعليقه، ولو قال: دبرت يدك أو رجلك لم يصح التدبير على وجه[٦].

ومنها: لا يصح تعليق الرجوع فى التدبير، إن قلنا: يرجع بالقول فيه، كما جزم به الرافعى[٧]، ولو قال: رجعت فى رأسك، فهل يكون رجوعًا فى جميعه؟ فيه وجهان فى الحاوى[٨].

ومنها: الإبراء، لا يصح تعليقه[٩]، ولو قال المستحق للدية: عفوت عن بعض دمك، قال فى البحر قبيل كتاب الشهادات: إن قلنا: البراءة عن المجهول تجوز، فهذا أجوز، وإن قلنا: تمتنع، فيحتمل أن يقال: تجوز؛ لأن العفو عن البعض منه كالعفو عن الكل.

---

(١) كذا نقله السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٣٧٨].

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٧٦].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣/٤٨٨].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٧٨].

(٥) على أربعة أوجه: أحدها: أنه باطل، وبه قال الشيخ أبو حامد، والقاضى أبو الطيب، واختاره ابن الصباغ. والثانى: يصح، والثالث: إن عضوا لا يبقى البدن بدونه صح، وإلا فلا، وصححه فى التهذيب، والرابع: ما عبر به عن جميع البدن صح، وما لا فلا. انظر: روضة الطالبين [٤/٢٦٢].

(٦) انظر: روضة الطالبين [١٢/١٨٦].

(٧) انظر: روضة الطالبين [١٢/١٩٤، ١٩٥].

(٨) أحدهما: أنه يكون كالتصريح بالرجوع فى جميعه؛ لأنه قد يعبر عنه بالرأس. والوجه الثانى: لا يكون رجوعًا فى شيء منه. انظر: الحاوى الكبير للماوردى [١٨/١١٣].

(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٧٧].

ومنها: لو قال: إن دخلت الدار فأنت زان، لا يكون قاذفًا[١].

ولو قال: زنى قبلك أو دبرك كان قاذفًا[٢].

* * *

السراية فى الأشقاص لا فى الأشخاص[٣]

ولهذا لو أعتق أمته الحامل بمملوك له عتق الحمل لا بالسراية، بل بالتبعية، كما يتبعها فى البيع[٤]، وهذا يرد قول الشيخ عز الدين: لا يسرى العتق عن شخص إلى آخر، إلا عتاق الأمة الحامل، فإنه يسرى إلى جنينها.

ولو ملك شقصًا من عبد فأعتقه، وهو موسر سرى إلى نصيب شريكه[٥]، ولو ملك أمة وملك الآخر حملها، فأعتقها لم يسر العتق إلى الحمل، وإن كان موسرًا[٦].

قال الشيخ أبو على فى شرح الفروع: والفرق بين نصيب الغير تنفذ السراية فيه مع اليسار، ولا تنفذ فى حمل الغير مع اليسار إن ملك كل واحد منهما فى الشركة مختلط بملك صاحبه، وما من جزء إلا وهو شائع بينهما، فلما نوى الشروع سرت الحرية إلى الباقى، فأما الحمل، وإن كان فى بطن الأم فهو نفس ينفرد عن الأصل، ألا ترى أنه ينفصل إلى مدة ويكون له حكم نفسه دون الأم، وأما نصيب الشريك فلا يجوز أن ينفك قط عن نصيبه، ويكون له حكم نفسه، فلذلك افترقا.

* * *

السفر قسمان

طويل، وقصير:

فالطويل: مرحلتان[٧]، والقصير: ما دون ذلك.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٣٧٨].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٨/٣١٧].

(٣) كذا ذكرها فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١٢/١١١].

(٤) انظر: روضة الطالبين [١٢/١١١].

(٥) انظر: روضة الطالبين [١٢/١١٢].

(٦) انظر: روضة الطالبين [١٢/١١١].

(٧) وقال فى الروضة: الطويل ثمانية وأربعون ميلاً بالهاشمى، وهى ستة عشر فرسخًا، وهى أربعة: برد، وهى مسيرة يومين معتدلين، فالميل أربعة آلاف خطوة، والخطوة ثلاثة أقدام. انظر: روضة الطالبين [١/٣٨٥].

وضبطه البغوى فى فتاويه، بأن يفارق البلد إلى موضع لو كان مقيمًا لم تلزمه الجمعة لعدم سماعه النداء، وضبطه غيره بميل، وبه جزم الشيخ أبو حامد فى استقبال القبلة، ونقله عنه النووى فى باب الحج من شرح المهذب، والأشبه الرجوع فيه إلى العرف وكلام الرافعى فى باب الوديعة يشير إليه(١).

ويخرج على ذلك ما لو حلف ليسافرن يبرّ بماذا؟ ورخص السفر سبقت فى حرف الراء.

* * *

السفيه تصرفاته على ثلاثة أقسام

أحدها: ما يمتنع منه، ولو أذن الولى على الأصح، وهو غالب تصرفه المالى(٢).

ثانيها: ما يصح بإذنه وهو النكاح(٣).

ثالثها: ما يصح منه سواء أذن الولى أم لا، وهو عباداته(٤)، وبعض تصرفه المالى، كالتزامه الجزية، ومصالحته عن القصاص(٥) الواجب عليه ونكاحه الأمة عند خوف العنت، ومنعه الولى يصح فى الأصح، كما قاله فى المطلب.

ولو حفت حاجته إلى المطاعم ونحوها، وامتنع الولى وعسرت مراجعة الحاكم، قال الإمام: ففى صحة شرائه تردد للعراقيين، فإن انتهى الأمر إلى الضرورة، فالوجه القطع بتجويز تصرفاته، وذكر فى نكاحه(٦) نحوه، وتصح منه الوصية والتدبير على المذهب وينعقد نذره المالى فى الذمة(٧)، هذا كله فى الدفع.

أما الجلب، فيصح منه الخلع، وتملك المباحات، وقبوله الهبة، والوصية، على الأصح لكن لا تسلم إليه، فإن تسلمها غرم من أقبضه الوصية دون الهبة؛ لأن ملك الوصية

---

(١) فقال: إذا أودعه فى قرية، فنقل الوديعة إلى قرية أخرى، فإن كان بينهما مسافة القصر ضمن، وكذا إن كان بينهما ما يسمى سفرًا على الصحيح. انظر: روضة الطالبين [٦/٣٣١].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٤/١٨٣].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٤/٣٨٤].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٤/١٨٥].

(٥) انظر: روضة الطالبين [٤/١٨٥].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٤/١٨٤].

(٧) انظر: روضة الطالبين [٤/١٨٦]، الحاوى الكبير للماوردى [٦/٣٦٠].

بقبوله بخلاف الهبة، قاله الماوردى[(١)].

* * *

السكران

فى سائر أحواله كالصاحى على المذهب، إلا فى نقض الوضوء[(٢)].

* * *

السكوت ضربان

الأول: أن يكون بمجرده ينزل منزلة التصريح بالنطق فى حق من تجب له العصمة.

ولهذا كان تقريره ﷺ من شرعه، وكا الإجماع السكوتى حجة عند كثيرين؛ لأنه نازل منزلة النص، فإن الإجماع مشهود له بالعصمة، وأظهر القولين أنه لا إطعام فى كفارة القتل؛ لأنه مسكوت عنه فى الآية، والمسكوت لا يكون له حكم المنطوق، وهذا على رأى من يقول: إن السكوت عن الحكم مناسب لانتفائه فيلزم منه خلاف حكم المنطوق فى جانب المسكوت عنه لكون التخصيص بالذكر مقيدًا من مفهوم المخالفة.

أما إذا علم أن المسكوت أشد مناسبة للحكم فى المنطوق، كما فى الضرب مع التأفيف، وكما فوق الدينار ودون القنطار انعكس الحكم، وكان من مفهوم الموافقة، ويتأكد بذلك القول بشرعية الإطعام فى كفارة القتل.

والثانى: غير المعصوم، فالأصل أن لا ينزل منزلة نطقه، لا سيما إذا كان المسكوت محرمًا.

ولهذا قال الإمام الشافعى، رضى الله تعالى عنه: لا ينسب إلى ساكت قول[(٣)]: نعم، إذا قام دليل على الاكتفاء به كسكوت البكر عند الاستئذان فى التزويج، ولهذا اكتفى به، وكذلك إذا قامت قرائن تدل على رضاه فينزل منزلة النطق.

والأحوال بحسب ذلك أربعة:

---

(١) انظر: الحاوى الكبير للماوردى [٦/٣٥٩].

(٢) كذا ذكره السيوطى، وقال: وفى هذه العبارة نظر، فالصواب: تقييد ذلك بغير العبادات. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٢١٦].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].

الأول: ما ينزل منزلة النطق قطعًا كالسكوت من البكر فى الإذن فى النكاح إذا استأذنها الأب أو الجد(١)، والمدعى عليه إذا سكت عن الجواب بعد عرض اليمين عليه جعل كالمنكر الناكل فترد اليمين على المدعى(٢).

ولو نقض بعض أهل الهدنة، ولو ينكر الباقون بقول ولا فعل، انتقض فى الساكتين أيضًا(٣).

ولو تبارز اثنان وشرطنا الأمان إلى انقضاء القتال، فأعان الكافر جماعة من صفة بغير استجارة، وسكت ولم يمنعهم انتقض أمانه(٤)، وجاز لغير المبارزين قتله.

ولو رأى السيد عبده يتلف مالاً لغيره، وسكت عنه، فإن السيد يضمنه(٥)، ذكره الرافعى فى التقاط العبد(٦).

ولو التقط الصبى وصححناه فرآه الولى، فلم ينزعه، فتلف فإنه يضمنه، كما لو احتطب ورآه معه فلم يأخذه(٧).

الثانى: ما ينزل منزلته فى الأصح، وهو السكوت فى البكر البالغ إذا استأذنها العصبة أو الحاكم، ويشترط أن لا تظهر قرينة بالمنع، فلو بكت مع صياح لم يكن شىء(٨).

ولو حلق الحلاق رأس محرم وهو ساكت، فلم يمنعه مع القدرة فالأصح أنه كما لو حلق بأمره فتلزمه الفدية(٩)، وعلله الرافعى بأن الشعر عنده وديعة أو عارية، وعلى التقديرين فيجب الدفع عنه(١٠)، قيل: ومقتضى هذا، أنه لو أتلف مكلف الوديعة، والمودع ساكت مع القدرة على دفعه أنه يكون ضامنًا، وينزل سكوته منزلة الإذن فى الإتلاف.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٣].
(٦) انظر: روضة الطالبين [٥/٣٩٥].
(٧) انظر: روضة الطالبين [٥/٤٠١].
(٨) انظر: روضة الطالبين [٧/٥٥].
(٩) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٣]، روضة الطالبين [٣/١٣٨].
(١٠) انظر: الشرح الكبير هامش شرح المهذب [٧/٤٦٩، ٤٧٠].

ومنه: لو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع في الأصح[١]، وقيل: لابد أن يعترف بأن البائع سيده.

ومنه: القراءة على الشيخ، وهو ساكت يسمع تنزل منزلة نطقه[٢]، قال إمام الحرمين: يشترط أنه لو عرض من القارئ تصحيف وتحريف لرده الشيخ، فسكوته حينئذ بمنزلة قراءته قطعًا.

وقال ابن دقيق العيد فى شرح العنوان: إذا سكت الشيخ مقرًا على ما قرئ عليه، فهل يجوز فى مثل هذا أن يقال: أخبرنا؟ اختلفوا فيه، وقطع جماعة من أصحاب الإمام الشافعي، رضى الله عنه، أنه لا يجوز، وهو اللائق بمذهبه؛ لتردد السكوت بين الإخبار وعدمه، وقد قال الإمام الشافعي، رضى الله عنه: لا ينسب لساكت قول، وهذا هو الصواب، وقيل: يجوز اعتمادًا على القرائن وظاهر الحال.

الثالث: ما لا ينزل منزلته قطعًا، كما لو سكت عن وطء أمته، لا يسقط به المهر[٣]، وكذا لو سكت عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله من غير فعل منه، لا يسقط ضمانه[٤]، وكذا لو استؤذنت الثيب فى النكاح، فسكتت لا أثر له[٥]، والمذهب أن الولى لا يملك قبض مهر البكر الرشيدة، إلا بإذنها، فلو استأذنها فسكتت، لم يستفد بسكوتها الإذن فى القبض قطعًا، وحاول الرافعى تخريج وجه[٦] فيه ذكره فى باب النزاع من الصداق، ويؤيده ما سنحكيه عن فتاوى البغوى.

الرابع: ما لا ينزل منزلته فى الأصح.

فمنه: إذا علم البائع أن المشترى يطأ الجارية فى مدة الخيار لا يكون مجيزًا للعقد بسكوته فى الأصح[٧].

ولو حمل أحد المتبايعين فى مجلس الخيار، فأخرج ولم يمنع من الكلام فالأصح أن خياره لا يبطل؛ لأنه مكره فى المفارقة[٨].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٣].

(٢) قال السيوطى: وهو الأصح. انظر: الأشباه والنظائر [ص/١٤٣].

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].

(٦) وهو أن يستفيده، وإن نهت عنه كتزويجها. انظر: روضة الطالبين [٢٣١/٧].

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].

(٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٢].

ولو حلف لا يدخل الدار، فحمل وهو قادر على الدفع لا يحنث.

ولو استلحق بالغا ولم يكذبه وسكت لم يثبت نسبه، والشرط التصديق، نقله الرافعى فى باب الإقرار بالنسب(١)، ثم ذكر فى فصل التسامع فى الشهادة أن سكوت البالغ فى النسب كالإقرار به(٢).

قال ابن الصباغ: وإنما أقاموا السكوت فى النسب مقام النطق؛ لأن الإقرار على الأنساب الفاسدة لا يجوز، ومنهم من شرط فى ذلك أن يتكرر الحال.

ولو استؤذنت البكر فى أقل من مهر المثل أو فى غير نقد البلد فسكتت، لم يكن إذنًا؛ لأنه مال، فلا يكفى سكوتها كبيع مالها، قاله صاحب البيان، وهو ظاهر، ولكن كلام البغوى فى فتاويه يقتضى الاكتفاء به.

ولو عقد على امرأة ولم تزف إليه، بل بقيت ساكتة، ولم تعرض نفسها فلا نفقة لها، إن قلنا: إنها تجب بالتمكين، وهو الأصح(٣)، فإن قلنا: بالعقد وجبت.

تنبيه: حيث قلنا: لا ينسب له قول فلا ينسب له فعل.

ولهذا لو كان تحته صغيرة وكبيرة فارتضعت الصغيرة، وهى ساكتة فهو كما لو كانت نائمة أو لا، وجهان(٤): أصحهما، الأول.

ولو قصد رجل قطع يد آخر ظلمًا، فلم يدفعه المقطوع وسكت حتى قطع لا يكون إهدارًا فى الأصح.

* * *

السنة يتعلق بها مباحث

الأول: أنها تنقسم إلى سنة عين، وإلى سنة كفاية، كما فى الفرض، ونقل الشاشى عن القاضى الحسين، ليس لنا سنة على الكفاية، إلا الابتداء بالسلام(٥)، وهو مستدرك بالأذان والإقامة والتسمية على الأكل وشاة الأضحية، فإذا ضحى واحد فى بيته أقام

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٤/٤١٤].

(٢) كذا ذكره فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [١١/٢٦٨].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٩/٥٩].

(٤) أطلقهما فى الروضة، وحكاهما عن ابن كج. انظر: روضة الطالبين [٩/٢٣].

(٥) نقله عن السيوطى. انظر: الأشباه والنظائر [ص/٤١٨].

شعار السنة، وتشميت العاطس، وما يفعل بالميت مما ندب إليه[١].

الثاني: إذا ترك المصلى سنة ثم ذكرها، فإن فات محلها، فلا تدارك، كما إذا تذكر أنه ترك رفع اليدين فى تكبيرة الإحرام بعد فراغها[٢]، وإن لم يفت فإن لم يتلبس بغيرها، ندب العود إليها، وإن تلبس لم يعد سواء تلبس بفرض أو سنة.

فالأول: كما لو ترك التشهد الأول، ثم ذكره بعد القيام، هذا فى الفرض الفعلى، قال ابن الرفعة: ومثله القولى، إن قلنا: تكرره مبطل، وإلا فينبغى أن يعود إلى المتروك، وبه صرح القاضى أبو الطيب وغيره.

فقالوا: إذا ذكر تكبيرات العيد بعد شروعه فى الفاتحة، كان له العود إليها على القول القديم[٣].

والثانى: لا، كما لو ترك دعاء الاستفتاح فذكره بعد التعوذ، لا يعود إليه فى الأصح[٤]، ويمكن جعل هذا من القسم الأول؛ لأن محل الاستفتاح أول الصلاة، وبالتعوذ أوله تزول الأولوية.

ويستثنى من هذا القسم ما إذا ترك تكبيرات العيد، فذكرها بعد التعوذ، وقبل الشروع فى الفاتحة، فيأتى بهن قطعًا، كما قال فى شرح المهذب؛ لأن محلهن قبل القراءة، وتقديمهن على التعوذ سنة لا شرط[٥].

ويستثنى من الأول ما لو صلى قاعدًا لعذر، فلما فرغ من السجود فى الركعة الثانية، وقعد ابتدأ الفاتحة، ففى فتاوى البغوى: أنه إن علم أنه محل التشهد، لكن جرت الفاتحة على لسانه عاد للتشهد، وجزم به الرافعى، بخلاف ما لو ظن أنه قرأ التشهد وفرغ منه، ثم شرع فى قراءة الفاتحة، ثم تذكر فإنه لا يعود إليه فى الأصح[٦].

ثم قال البغوى: ولو نسى الجلوس فاشتغل بالفاتحة على ظن أنه محل قيام، هل يعود

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/٤١٨].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٢٣١/١].

(٣) والجديد الأظهر، أنه لا يكبر لفوات محله. انظر: روضة الطالبين [٧٣/٢]، المجموع شرح المهذب [١٨/٥].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٢٤٠/١].

(٥) كذا ذكره النووى فى شرح المهذب. انظر: المجموع شرح المهذب [١٨/٥].

(٦) انظر: روضة الطالبين [٣٠٥/١].

إلى التشهد؟ فيه احتمال وجهين، أصحهما: لا؛ لأن هذا القعود بدل عن القيام، كما ذكرناه.

ومنها: لو قرأ المصلى آية السجدة فلم يسجد وركع، ثم بدا له أن يسجد، فقال المسعودى: ليس له ذلك بعد أن شرع فى الفرض، قال صاحب الخواص الشريعة: وليس كذلك، بل له أن يسجد مهما شاء، لقيام سنة السجود، بخلاف ما إذا ترك التشهد وقام لا يعود إلى التشهد، والفرق أنه لو عاد لكان فى ذلك زيادة ركن، وليس فى سجود التلاوة ترتيب حتى يعيد الركن.

أما إذا ترك السنة وتلبس بفرض وعارضه فرض المتابعة، كما لو ترك الإمام التشهد الأول ناسيًا، فتابعه المأموم، ثم عاد الإمام قبل الانتصاب والمأموم قد انتصب، فهل يعود المأموم؟ وجهان: أصحهما، نعم؛ لأن متابعة الإمام فرض بخلاف الإمام والمنفرد، فإنهما لو رجعا لرجعا من فرض إلى سنة[1].

وقد يقال: تعارض فيه فرضان؛ لأنه قد تلبس بفرض، وهو القيام والقدوة واجبة، ومضيه فيما تلبس به أولى من إبطاله والشروع فى غيره.

ويجاب بأمرين:

أحدهما: أن تلبسه بالقدوة سابق، فلذلك جوز له العود إليها.

والثاني: أن القدوة آكد، ولهذا يسقط فيها القيام والقراءة عن المسبوق إلى الركوع، وهذا فيما إذا قام ناسيًا، أما إذا قام ظانًا قيام إمامه، فبان خلافه، وأنه قعد للتشهد، فهو يتخير.

الثالث: إذا فاتت السنة فى محلها جاز قضاؤها فى مثل محلها، إذا لم يكن فى قضائها ترك سنة أخرى، ويتضح ذلك بصور:

منها: ما أدركه المسبوق، فهو أول صلاته[2]، فلو أدرك مع الإمام الركعتين الأخيرتين من الرباعية، فالنص أنه يقرأ السورة فى الأخيرتين[3]، وإن قلنا: لا يستحب فيهما؛ لأنها فضيلة فاتت فى أولبين، فلا يفوتها.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤٨].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١/٣٧٨].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١/٣٧٨].

ومنها: نص أيضًا على أنه لو ترك قراءة السورة فى الركعتين الأوليين يقضيها فى الأخريين.

ومنها: إذا قرأ الإمام فى الجمعة فى الأولى سورة المنافقين، وترك الجمعة فيستحب له فى الثانية قضاء سورة الجمعة وإتباعها بالمنافقين(١).

ومنها: إذا قلنا: لا يسن التعوذ، إلا فى الركعة الأولى، فلو تركه فى الأولى عمدًا أو سهوًا تداركه فى الثانية(٢)، بخلاف دعاء الاستفتاح(٣)، وقولنا: إذا لم يكن احترازًا عمن فاته الجهر فى الأوليين من العشاء، لا يستحب له الجهر فى الأخيرتين، وكذا من ترك الرمل فى الأشواط الثلاثة، لا يقضيه فى الأربعة الباقية؛ لأن ذلك يؤدى إلى ترك السنة فى الأربعة(٤)، وتكره الإشارة فى التشهد بمسبحة اليسرى، فلو كان أقطع اليمنى، لم يشر بمسبحة اليسرى؛ لأن سنتها البسط دائمًا(٥).

* * *

السؤال معاد فى الجواب(٦)

فلو قال: بعتك بألف، فقال: اشتريت صح بالألف فى الأظهر(٧).

ولو قالت المرأة: طلقنى على ألف، فأجابها: وأعاد ذكر المال لزم، وكذا إن اقتصر على قوله: طلقتك فى الأصح كذا يصرف إلى السؤال، وقيل: يقع رجعيًا ولا مال(٨).

ولو سألت بكناية فقالت: أبنى بألف، فقال: أنت طالق، ثم قالت المرأة: لم أنو شيئًا، فلا يقع الطلاق على المشهور(٩)؛ لأن السؤال يعاد فى الجواب، وكأنه قال: أنت طالق

---

(١) لكن قال النووى فى زوائد الروضة: ولا يعيد المنافقين فى الثانية. انظر: روضة الطالبين [٢/٤٥].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١/٢٤١].

(٣) فالمذهب أنه لا يأتى به. انظر: روضة الطالبين [١/٢٤٠].

(٤) والسنة فيها السكينة. انظر: روضة الطالبين [٣/٨٧].

(٥) كذا قال النووى فى زوائد الروضة. انظر: روضة الطالبين [١/٢٦٢].

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطى [ص/١٤١].

(٧) انظر: روضة الطالبين [٣/٣٤٣].

(٨) انظر: روضة الطالبين [٧/٣٩٧].

(٩) انظر: روضة الطالبين [٧/٤١٧].

على ألف، وحينئذ فلا تطلق ما لم يلزمها الألف.

ولو قال: طلقى نفسك، ونوى ثلاث، فقالت: طلقت نفسى ونوت الثلاث وقعت، كما لو صرحا به[١] لفظًا.

ولو قال: طلقى نفسك ثلاثًا، فقالت: طلقت نفسى، ولم تتلفظ بعدد ولا نوته وقع الثلاث؛ لأن قولها جواب لسؤاله، فهو كالمعاد، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالعدد، بل نواه؛ لأن المنوى، لا يمكن تقدير عوده فى الجواب، فإن التخاطب باللفظ لا بالنية، وفيه احتمال للإمام لا يقع، إلا واحدة[٢]، قال: وقد ذكرنا خلافًا فيما إذا نوى الزوج العدد، ولم تنوه المرأة، فمن قال: وقع هناك العدد، فله أن يعتض بهذه الصورة.

ويستثنى ما لو قالت له زوجته: طلقنى وطلقنى وطلقنى، فقال: طلقتك، ففى الرافعى قبل فصل التعليق، إن نوى ثلاثًا أو واحدة وقع ما نواه، وإن لم ينو شيئًا، فالقياس أنه يقع واحدة[٣].

ولو فعل شيئًا وأنكره، فقال له قائل: إن كنت صادقًا فامرأتك طالق، فقال: طالق وقع الطلاق، فإن ادعى أنه لم يرد طلاق امرأته فيقبل؛ لأنه لم يوجد منه تسمية لها، ولا إشارة إليها، قاله الرافعى فى أثناء أركان الطلاق[٤].

ولو قال الولى: زوجتك بنتى على صداق بألف فقبل الزوج النكاح، ولم يتعرض للصداق فهل نقول: القبول منزل على الإيجاب، فينعقد النكاح بالمسمى المذكور كما فى البيع؟ أو نقول: إن الصداق ليس ركنًا فى النكاح، فلا يحتاج فى الصحة إلى تنزيل القبول عليه، بخلاف الثمن فى البيع؟، فعلى هذا يصح البيع بالمسمى، ويصح النكاح بمهر المثل، جزم الماوردى بالثانى فى باب الكلام الذى ينعقد به النكاح[٥]، وفى المطلب أن الماوردى، قال فى كتاب الخلع: إنه أظهر القولين.

وذكر بعض الفضلاء، أنه ينبغى أن يفصل بين قوله: قبلت نكاحها، وبين قوله: قبلت هذا النكاح، فيلزم مهر المثل فى الأولى عند من يرى صحة النكاح، ويلزم المسمى فى

(١) انظر: روضة الطالبين [٥٢/٨].
(٢) كذا نقله فى الروضة. انظر: روضة الطالبين [٥٢/٨].
(٣) انظر: روضة الطالبين [٨٤/٨].
(٤) انظر: روضة الطالبين [٣٧/٨].
(٥) كذا قطع به الماوردى. انظر: الحاوى الكبير [١٥٩/٩].

الثانية نظرًا إلى أن الإشارة وقعت للنكاح المشتمل على الصداق المسمى فيه فينصرف القبول إلى النكاح، والمسمى من أجل الإشارة إلى صورة عدم ذكر الزوج المسمى فى قبوله.

تنبيه: لهذه القاعدة قيد وهو أن لا يقصد بالجواب الابتداء.

ولهذا لو قال المشترى: لم أقصد بقولى: اشتريت جوابك، فالظاهر، كما قاله فى البحر القبول.

ولو قالت: طلقنى بألف، فقال: طلقتك، وقال: قصدت الابتداء دون الجواب قبل، وكان رجعيًا قطع به الرافعى(١)، لكن يذكر عن فتاوى القفال فيما لو قالت له زوجته، واسمها فاطمة: طلقنى، فقال: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت فاطمة أخرى طلقت، ولا يقبل قوله لدلالة الحال، بخلاف ما لو قال ابتداء: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت فاطمة أخرى.

فائدة:

ليس كل ما يسأله عنه يمنح فيه بالجواب، وإن حفت الضرورة، ألا ترى أنه لو تقابل راكبان على قنطرة لا يفتى لأحدهما بإلقاء دابة الآخر فى الماء، لكن أيهما ابتدر إلى إلقاء دابة صاحبه فى الماء عصى الله تعالى، وعليه الضمان(٢).

ولو ابتعلت دجاجة إنسان لؤلؤة لآخر لا يفتى له بذبحها، فإن فعل عصى الله تعالى، وغرم النقص، وتوصل إلى عين ماله ذكرها الأصحاب فى مسألة ابن الحداد فى الحج، وهى من مناصيص الإمام الشافعى(٣)، رضوان الله تعالى عليه، فروى الهروى صاحب الحاكم فى مناقب الإمام الشافعى، رحمه الله، بسنده إلى ابن خزيمة، عن المزنى سئل الإمام الشافعى، رحمه الله، عن نعامة ابتعلت جوهرة لآخر، فقال: لست آمره بشىء، ولكن إن كان صاحب الجوهرة كيسًا عدا على النعامة فذبحها واستخرج جوهرته، ثم يضمن لصاحب النعامة ما بين قيمتها حية ومذبوحة(٤).

* * *

(١) انظر: روضة الطالبين [٧/٤١٦].

(٢) انظر: روضة الطالبين [٣/٦٤].

(٣) انظر: روضة الطالبين [٣/٦٤].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٣/٦٤].

سلامة العاقبة

كثير من كلامهم يجوز كذا بشرط سلامة العاقبة، واستشكل؛ لأنها مستورة عنا، فكيف يحال الحكم على مجهول، وقد قال الرافعى فى باب الوديعة: ليس المراد منه اشتراط السلامة فى نفس الجواز، حتى إذا لم تسلم الوديعة تبين عدم الجواز، كيف والسلامة أو عدمها تبين آخرًا، ونحن نجوز له التأخير فى الحال، ولكن المراد أنّا نجوز له التأخير، ونشترط عليه التزام خطر الضمان، انتهى.

وذكروا فى باب التعزير، أنه إنما يباح بشرط سلامة العاقبة[1]، وأشار الغزالى، رحمه الله، هناك إلى أنه يعتبر مع ذلك أن يكون الغالب السلامة والهلاك نادرًا، ويلتحق به الحدود التى لا يقصد بها القتل، يعتبر أن يكون بحيث لو تعدى به فى غير الحد متعد على سبيل الجناية لم يجب فيه قصاص، لكونه لا يقتل غالبًا.

قال ابن الصلاح: ويحتمل أن لا يعتبر هذا، إلا فى التعزير، أما الحد الذى هو دون القتل كالجلد ونحوه، فقد يكون قاتلاً، وقد يكون بحيث لو حدث مثله من جان متعد لتعلق به القصاص، وإذا مات به المحدود فالحق قتله ويدل على هذا حد القطع فى السرقة.

قلت: والتحقيق فى هذا أن كل ما أفضى إلى الضمان فهو غير جائز إذ جوازه مشروط بسلامة العاقبة، ولم يحصل الشرط، فكذا شروطه، وكان مقتضى ذلك الحكم الآن بالمنع، لعدم تحقق الشرط بل قد يكون الأصل عدم الشرط، كما فى تأخير الحج عند الاستطاعة، ولا أقل من التوقف، فلا يحكم بجواز ولا منع عملاً بحكم الشرط.

* * *

السهو[2]

ما كان مأمورًا به وطريقه الفعل، لا يختلف فيه السهو والعمد، كترك النية فى الصلاة[3].

وما كان منهيًا عنه، وطريقه الترك خولف فيه بين السهو والعمد، كالكلام فى الصلاة

---

(١) انظر: مغنى المحتاج [١٩٢/٤].

(٢) قال الشمس الرملى: «والسهو لغة نسيان الشىء والغفلة عنه». انظر: نهاية المحتاج [٦٦/٢].

(٣) انظر: نهاية المحتاج [٦٦/٢]، مغنى المحتاج [٢١٠/١].

والأكل فى الصوم، وسبق تقريره فى حرف الجيم فى الجهل.

وقد لا يعفى عن السهو فى المنهيات فى صورتين:

إحداهما: إذا وقع بعد عمد لوقوعه فى ضمنه، كما لو أكل الصائم ناسيًا فظن بطلان صومه فجامع، فإنه يفطر فى الأصح، لكن لا كفارة فى الأصح؛ لأنه وطء وهو معتقد أنه غير صائم(١).

ويستثنى من هذا ما لو سلم من الظهر ناسيًا وتكلم عامدًا، لا تبطل صلاته(٢)، فلينظر فى الفرق.

الثانية: إذا كثر وطال، ومن ثم قال الإمام الشافعى فى مختصر البويطى: إذا صلى الرجل نافلة، ثم سها فأحرم فى مكتوبة قبل أن يسلم فإن ذكر ذلك قريبًا جلس، ففرغ من النافلة وسجد للسهو وابتدأ المكتوبة، وإن تطاول قيامه فى المكتوبة أو ركع وسجد لها بطلت النافلة والمكتوبة، وكان عليه ابتداء المكتوبة، وكذلك لو سها فى مكتوبة حتى دخل فى نافلة، فإن كان ما عمله فى النافلة قريبًا رجع إلى المكتوبة وأتمها وسجد للسهو، وإن كان مما تطاول وركع منها ركعة بطلت المكتوبة وعليه أن يعيدها، انتهى، وهو صريح فى أن كثرة الأفعال تبطل مع النسيان، وإن كانت من جنس الصلاة، وإنما لا يؤثر الفعل الكثير مع النسيان إذا أتى به على ظن وجوبه عليه، فلا يكون حينئذ مخالفًا لكلام الأصحاب.

* * *

السهو فى سجود السهو لا يقتض السجود

والسهو لسجود السهود يقتضى السجود.

فالأول: كما لو تكلم فى سجدتى السهو، أو إحداهما، أو سلم بينهما لا يسجد للسهو؛ لأنه لا يأمن وقوع مثله فى السجود الثانى، فيؤدى إلى ما لا يتناهى كما يقال فى اللغة: المصغر لا يصغر(٣)، قال صاحب التلخيص: إذا سها بعد سجدتى السهو سجد.

---

(١) انظر: روضة الطالبين [٢/٣٧٨].

(٢) انظر: مغنى المحتاج [١/٢١٠].

(٣) انظر: مغنى المحتاج [١/٢١٣].

والثاني كما لو شك هل فعل التشهد الأول؟، أو هل قنت فسجد للسهو، ثم بان أنه كان قد أتى به يلزمه أن يسجد ثانيًا؛ لأن سهوه هذا للسجود فعليه جبره[١].

* * *

السيد لا يثبت له على عبده دين ابتداء إلا في الكتابة[٢]

ولهذا لو جنى عليه لا يثبت الأرش[٣].

ولو أتلف مالاً له لا يضمنه لا في الحال ولا بعد العتق[٤].

ولو زوج أمته لعبده لم يجب مهر، وعن الشيخ أبي علي حكاية، وجهين: في أنه يجب المهر، ثم يسقط لئلا يعرى النكاح عن المهر أو لم يجب أصلاً، ولم يقل أحد أنه يجب ويدوم[٥].

أما في الدوام فيثبت كما إذا اشترى عبدًا له في ذمته دين، فلا يسقط في أصح الوجهين، وخرج عليهما الماوردي ما إذا زوج أمته بعبد غيره، ثم اشتراه، فإن قلنا: يسقط لم يكن له مطالبة العبد بالمهر بعد بيعه لغيره أو عتقه، وإن قلنا: لا يسقط يمكن من مطالبة العبد بالمهر بعد بيعه من غيره أو عتقه.

وقال الغزالي في مسألة الصداق: إن الرق المقارن للعقد دفع المهر بعد جريان موجبه فلم يكن تعرية للعقد عن المهر، بل جرى الموجب واقترن به الدفع فاندفع، والاندفاع في معنى الانقطاع أو في معنى الامتناع قال ابن الرفعة: وهي مباحثة جليلة تلقاها الغزالي فيما حكاه عن أبي إسحاق المروزي، فيمن اشترى قريبه أنه يندفع ملكه بموجب العتق لا أنه حصل ثم انقطع، قال: وفائدة ذلك تظهر، والله أعلم في أن الأمة إذا بيعت أو عتقت قبل الوطء، ووجد الوطء بعد ذلك لا نقول: يثبت لها ولسيدها المهر، والرافعي حكى عن الشيخ أبي علي أنه قال: إذا قلنا: بوجه الثبوت، ثم السقوط لا يثبت لها المهر، كما

---

(١) انظر: روضة الطالبين [١/٣١٠].

(٢) انظر: روضة الطالبين [١٢/٢١١].

(٣) انظر: روضة الطالبين [١٢/٣٠٦].

(٤) انظر: روضة الطالبين [٧/٢٢١].

(٥) ذكره وبنصه في الروضة [٧/٢٢١].

لو أبرأت منه الحرة ثم وجد الدخول، لا يثبت لها المهر، فأما على الوجه الآخر فيجوز أن يقال: إذا عتقت أو عتق الزوج يجب المهر، كما فى المفوضة[(١)]. قال ابن الرفعة: وما ذكره الغزالى من التقرير يدفعه.

وقال بعضهم المراتب ثلاثة:

أحدها: ثبوت دين السيد على عبده ابتداء بسبب قارن ملكه فيمتنع قطعًا، أى أن يثبت ويدوم، إذا لم يكن مرهونًا، فإن كان فكذلك خلافًا لابن سريج.

الثانية: دوام دين ثبت له عليه قبل ملكه والمنصوص للشافعى، رحمه الله، الثبوت وهو الصحيح.

الثالثة: دوام ما ثبت لمورثه من المال على عبده بعد موت مورثه، والصحيح أنه لا يثبت.

* * *

تم بحمد الله الجزء الأول، ويليه بإذن الله الجزء الثانى

وأوله «حرف الشين المعجمة»

(١) انظر: روضة الطالبين [٧/٢٢١].

فهرس محتويات

الجزء الأول

من

المنثور في القواعد

فهرس الجزء الأول

* * *